الوجيـز

في

العقود المدنية المسمـاه

مقاولة - بيـع

تأليف

دكتور

سعيد سعد عبد السلام

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية الحقوق. جامعة المنوفية

١٩٩٩

الناشر

دار النهضة العربية

٣ ش ــ عبد الخالق ثروت القاهرة


بسم الله الرحمن الرحيم

الجزء الاول

الوجـــيز
فى
عقد المقاولـــة

مقدمـــــــــــــــة

بعد معترك الحياة الحديثـــة ، وتعدد المصالح التي يحتاج اليها الانسان في هذه الآونة من العصر الحديث ، لابد من صراع بين الانسان وهذه الحاجات ويجـــد هذا الصراع جذوره فيما تقدمه الطبيعة من الاشياء التي يحتاج اليها الانسان وكذلك الحال فيمـا يقدمه أيضـــا الاشخاص المحيطين بالانسان .

وهنـــا يتدخل القانون لحسم هذه المنازعات والتقريب بين الحاجـــــات المتعارضه بين البشر . فلا بـــد أن ينشـــأ بين افـــراد المجتمع الوئـــــام والـــود .

ويواجه القانون العديـــد من هذه المصاعب ويحاول التغلب عليها بوضـــع تنظيم تشريعي لهذه الاعمـــال والحاجـــات المتبادلـــة ، فليس كل مايثـــار في نطـــاق الاعمـــال الماديـــة وانمـــا يكون هناك مصالـــح قانونية متعارضـــة .

فاذا كان المطلوب انجازه هو مجرد عمل قانوني ، فقد نظم المشرع عقد الوكالة وفيه يلتزم الوكيل بالقيام بالاعمـــال المطلوبة ، وينصرف آثارها الي الموكل وليس اليه .

واذا كان المطلوب هو القيام بعمل مادى تحت رقابة واشراف صاحب العمـــل فان عقد العمل هو الذى ينظم هذه المسائل ، أما اذا كان العمل يتم بعيدا عـــن السيطرة والتوجيـــــه والرقابـــة فهـــو عقـــد مقاولـــة

وقد عالج المشرع هذه الأعمال في صور عديدة هي الوديعة والحراسة والسمسرة . ولكننا ابتداء أهمية الأعمال التي يؤديها الغير صالح الأصل ، فاننا نركز في هذه الدراسة على عقد المقاولة الذى نظمه المشرع في المواد من ٦٤٦ حتى ٦٦٨ من التقنين المدنى المصرى الجديد وهى الواردة فى الباب الثالث الخاص بالعقود الواردة على العمل ، وهي قواعد تطبق على جميع المقاولات أيا كان نوعها ومحلها . الا أن هناك منظمات خاصة بعقد المقاولة تتخذ صور عديدة نذكر منها الأكثر شيوعا في المجال التطبيقي وهى التزام - المرافق العامة - عقد النشر - عقد الاعلان ، ومن ثم تأتى خطة البحث فى هذه الدراسة كما يلى :-

خطة البحث.

الفصل التمهيدى	:	التنظيم التشريعي لعقد المقاولة .
المبحث الأول	:	ماهية عقد المقاولة وخصائصه .
المبحث الثانى	:	تمييز عقد المقاولة عن غيره من العقود الأخرى .
الفصل الثانى	:	انعقاد عقد المقاولة .
المبحث الأول	:	شروط صحة عقد المقاولة .
المبحث الثانى	:	شروط الانعقاد لعقد المقاولة .

============

الفصــــل التمهيـــــدى

التنيم التشريعي لعقـــد المقاولـــــــــــــة

تمهيــــــد :ـ

لـــقد تناول المشرع المصرى أحكـام عقـــد المقاولـــة فـــي المواد من ٦٤٦ حتـــي ٦٦٨ مدني مصـــرى فـــى الباب الثالـــث من التقنين المدني المصري فـــي قسمين :ـ

تناول القسم الأول : القواعد العامـــة التي تطبق على جميـــــع المقاولات ومنهـا مقاولات البناء (١) فقرة عقد المقاولـــة والتزامات المقاول والمسئولية التضامنية للمقاول والمهنـــدس المعمارى . أي المسئولية العشرية وأحكام المقاولـــــة من الباطن (٢).

ثم تناول القسم الثاني : القواعد الخاصة بأنواع معينة من المقاولات

---

(١) أنظر د./ السنهورى ، الوسيط جـ ٧ طبعة نادىالقضــــــاه عام ١٩٨٩ ص ٨٠٦ .

(٢) أنظر د./ مصطفي الجارحي ، عقد المقاولة من الباطن ، دراســـة مقارنة في القانون الفرنسي والمصرى عام ١٩٨٩ ، ص ٧٠١ .

مثل التزام المرافق العامة والنشر والاعلان ".

ومن ثم تأتي خطـــة البحث في هذا الفصل مقسمة الـــــي مبحثين :ـ

يتناول المبحث الأول : ماهية عقد المقاولـــــة وخصائصـــه .

ويتناول المبحث الثاني : تمييز عقـد المقاولـــة عن غيره من باقـي العقود ، وذلك علي النحو التالي :ـ

المبحــــث الأول

ماهية عقد المقاولـــة وخصائصــــه .

ماهية عقد المقاولـــــة :ـ

يعتبر عقد المقاولـــة من العقـــود التي ترد علي العمل ، وقد وضع له المشرع تعريفـــا في عجز المادة ٦٤٦ مدني التي جاء نصها : المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يضع شيئا أو يؤدى عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الاخر " وقد عرفه البعض في الفقه (١) بأن المقاولة عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص أخر في مقابل آجر دون أن يخضع لاشرافه وادارته . ويقترب من التعريف

(١) أنظر : د/ محمد لبيب شنب ، عقد المقاولة ز ١٩٦٧ ، ص ١١ ـ ١٢ .

سالف الذكـــر مما أورده المشرع فى عجز النص المشار اليه سلفا • وهذه التسمية تسمية حديثــة ســـواء في مصـر أو في فرنســا • القانـــــون الروماني لم يعرف المقاولــة • اذ كان يعتبر العقود الواردة علي العمــل نوعـــا من الايجـــار •

ومن هذا التعريف ـ سالف الذكر ـ نستطيع أن نستخلص خصائص عقد المقاولة •

خصائــص عقــد المقاولـــة :ـ

لقـــد أجمع الفقه علي أن عقد المقاولة يتسم بالخصائص التالية :ـ

١ ـ عقــد رضائـــي :ـ

كمـا يتضح مما سبق .. أن المشرع لم يشترط في عقد المقاولـة شكلا خاصا للانعقاد ، ومن ثم ينعقد بمجرد التراضى بين المقـــاول وصاحب العمل •

ولكن قد يتم هذا العقد كتابة أو شفويا ، وهذا واضح من نص المـــادة ٦٥٨ مدني التي لاتجيز للمقاول طلب زيادة الأجرة ولو حدث فى التصميم المتفق عليه تعديل أو اضافة (١) • فالكتابة للاثبات فقط وليست للانعقاد •

ويقع التراضي علي عنصرين همـــا : **الأول** : العمل المتفـق

---

(١) أنظر د•/ السنهوري ـ الوسيط ـ جـ ٧ ص ٨ ـ ٩ •

العمل المتفق عليه . **والثاني** : الأجر الذي يدفعه صاحب العمـــــل للمقاول [١] ولا الرضائية عـن عقـد المقاولــة حتــى ولو كـــان العمل المتفق عليه بنـــاء سفينة اذ أن اشتراط الرسمية في التعامـــل على السفينة لايكون الا اذا كان محل التصرف بيعــا .

٢ — عقد معاوضـــــــة :—

لمــا كان عقد المقاولــة محل العمل المتفق عليه بين المقاول وصاحب العمل لقاء أجر معين متفق عليه أيضا بين الطرفين ، فان المقابل عنصر جوهري في العقد . فكل من طرفيه يأخذ مقابل ، المقاول يقوم بالعمـل لصالح رب العمل ، ورب العمل يتعهد بدفـــع الأجــر مقابل عمل المقاول .

٣ — عقد ملزم للجانبيـــــن :—

بالفحص الدقيق لتعريف المقاولة نجد أنها توجب التزامات علـــى عاتق المتعاقدين ، وهما المقاول ورب العمل ، فمنذ بدايتها توجب علـــى المقاول القيام بالعمل المتفق عليه ،وتوجب في ذات الوقت على رب العمل الوفاء بالأجــر المستحق ، أي أن هنالك علاقة تبادلية [٢] .

---

(١) أنظر د./ لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص ١٢ .

(٢) أنظر للمؤلف : مصادر الالتزام ١٩٩٥ ، ص ١٨ : ٢٠ ، أهمية التمييز بين العقود الملزمة لجانب واحد ، والملزمـــة للجانبين ، وتنحصر في : الفسخ — الدفع بعدم التنفيـــذ — تبعة الهلاك .

المبحث الثاني

تميز عقد المقاولة عن غيره من العقود الأخرى

تمهيد :ـ

لما كانت أعمال المقاولات قد أصبحت متعددة ومتشعبة بحيث يصعب في معظم الأحيان الوقوف علي ماهية العقد باعتباره عملا أم ايجارا أم مبيعا بيعا أم وكالة أم شركة فلكل محاله الذي ينطبق فيه ، وايذاء هذا التشعب فانه من الأهمية بمكان الوقوف على التفصيلات الدقيقة في مجال البحث حول أنواع وطرف المقاولات التكييف القانوني لعقد المقاولة والتمييز بين عقد المقاولة وغيره من العقود الأخرى مثل : الوكالة ـ البيع ـ الايجار ـ الشركة .

وسوف نعرض لهذه التفصيلات كل في مطلب خاص على النحو التالي :ـ

المطلب الأول

أنواع المقاولات وطرق أبرامها

أنواع المقاولات:

ذهب البعض في الفقه[١] الى أنه متى توافرت خصائص عقد المقاولة من رضائية ومعاوضة وملزم للجانبين فان أحكام المقاولة تطبق أيا كانت طبيعة العمل المطلوب القيام به ، ومن ثم تعتبر مقاولات مايلى :ـ

١ـ تشييد المباني والجسور ٢ـ نشر الاعلان ٠

٣ـ الكتب والمجلات ٠

٤ـ تقديم العروض والمسرحيات والحفلات ٠

٥ـ تنظيف الملابس وكيها واصلاحها ٠

وذهب البعض الآخر[٢] الى أن أعمال المقاولات متعددة ويمكن تقسيم الأعمال التى يقوم بها المقاول الى ثلاثة أنواع ٠ النوع الأول طبقا لطبيعة العمل المنوط بالمقاول القيام به ـ والنوع الثاني طبقا لحجم العمل ٠ والنوع الثالث طبقا لجنس العمل وذلك على النحو التالي :ـ

---

(١) أنظر د/محمد لبيب شنب المرجع السابق ص ١٤ ٠

(٢) أنظر د/ السنهورى المرجع السابق ص ٤١ـ٤٢ ٠

النوع الأول : طبقا لطبيعة العمل :-

قد يكون العمل الذى يقوم به المقاول عملا ماديا مثل نقل الأشخاص والطباعة والبناء والترميم وقد يكون العمل فنيا مثل الرسم والتصوير والتمثيل وقد يكون علميا مثل العلاج والمرافعة والمحاسبة. وقد يكون أدبيا مثل الشعر والتأليف والتدريس .

النوع الثاني: طبقا لحجم العمل :-

أثبت الواقع العملى أن هناك من الأعمال مايحتاج الى مجهود ضخم لانجازه مثل القيام بأعمال المنشآت الكبيرة مثل الأبراج والفنادق والعمارات وتشييد الجسور والخزانات والسدود. ويطلق على هذه الأعمال المقاولات الكبيرة . بينما هناك أعمال لاتستلزم مجهود ضخم لانجازها ويطلق عليها المقاولات الصغيرة .

النوع الثالث: طبقا لجنس العمل :-

هناك العديد من المقاولات أصبح منتشرا فى هذه الآونة الحاضرة بحيث ذيعا فى الانتشار وتكون كلمة مقاولات هى اللفظ المتصرف اليها نذكر منها عقد النقل والنشر والاعلان والمهن الحرة ولكل مايميزها بأحكام خاصة سوف نعرض لها تفصيلا فى الفصل الأخير من هذا المؤلف.

طرق ابرام المقاولات :-

تنحصر طرق ابرام المقاولة فى أحد الصور الآتية :-

١ـ الممارسة :

تعتبر الممارسة هى الطريق العادى لابرام المقاولات، وقد يبدأ المقاول بالايجاب ويتم بقبول صاحب العمل وقد يبدأ الايجاب من صاحب العمل ويقبله المقاول . وعلى كل حال لابد أن تسبق أعمال المقاولات مرحلة تفاوضية يتاح لطرف العقد فيها التعبير عن ارادة حرية واعية. ولايترتب على التفاوض أية آثار قانونية. فيجوز لكل طرف فى مرحلة التفاوض العدول عما تم من مفاوضات ولايجوز لأى من الطرفين مطالبة الآخر بأية تعويضات .

ويذهب البعض (١) الى أنه فى مجال أعمال البناء والتشييد اذا قام المقاول أو المهندس المعمارى بعمل مقاسات وتصميمات من تلقاء نفسه لتشجيع رب العمل على التعاقد معه ثم عدل صاحب العمل عن اتمام التعاقد بأنه لايجوز للمقاول أو المهندس المعمارى المطالبة بأية تعويضات فى المقايسات والتصميمات التى أعدت للقيام بأعمال البناء . ولكن اذا كان صاحب العمل هو الذى طلب اعداد المقايسات والتصميمات فان الرأى الغالب يميز بين المقاول والمهندس المعمارى (٢) . فالمقاول لايجوز له مطالبه صاحب العمل بالتعويض عن هذه النفقات وذلك لأن مصاريف المقايسات تدخل فى حساب نفقاته العامة مع أجور العمال والمستخدمين وهى تراعى عند تحديده للأجر مع صاحب العمل . أما المهندس المعمارى فيجوز له مطالبة صاحب العمل بالتعويض عن نفقات التصميم وذلك لأنه يوجد عقد مقاولة بالتصميم مستقلا عن عقد مقاولة البناء وكون

---

(١) أنظر د/ السنهورى الوسيط جـ١ بنود ٢٣٣ .
(٢) أنظر محكمة السين الجزئية ١٩٢٩/٢/٧ ـ د اللوز ١٩٣٣ ـ ٢ ـ ٨٩ تعليق مينفيل

صاحب العمل عدل عن قبول هذه التصميمات فانه يكون مخلا بعقد مقاولة التصميم ويلتزم بالتعويض مالم يكن هناك اتفاق على أن يكون التصميم مجانا الا أننا لانرى مبرر لهذه التفرقة بين المقاول والمهندس المعماري فكلاهما قد أنفق مصاريف فى سبيل اتمام التعاقد .وكون رفض صاحب العمل للمقايسات والتصميمات دون مبرر فانه يكون متعسفا فى استعمال الحق ويجب عدم الأخذ بهذه التفرقة .

٢- المسابقة :

يعتبر أسلوب المسابقة المجال الرحب للقطاع بأعمال المقاولات التى تتميز بالطابع الفنى والأدبى مثل عمل تماثيل أو بحث علمى أو تأسيس رواية أو كتاب أو مسرحية ويكون ذلك بتوجيه دعوة يذكر فيها المسابقة محل التنفيذ وتعتبر الدعوة للمسابقة بمثابة دعوة الى التقدم بايجاب عن طريق الاشتراك فى المسابقة ويعتبر الاشتراك ايجابا أما القبول فهو قبول الداعى الى المسابقة ومن ثم لاتتم المقاولة الا بهذا القبول وخلافا للأصل أنه لاأجبار فى القبول فالداعى الى المسابقة يلتزم بقبول التعاقد ولايجوز له أن يرفضه الا اذا كانت هناك أسباب تسوغ ذلك(١) ويستحق الفائز فى المسابقة تعويضا فى حالة رفض الداعي الى المسابقة أن يعهد بالعمل لهذا الفائز والتعويض يكون فى غالب الأحوال نقديا .

---

(١) أنظر المادة ١٣٦ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى ".... لايجوز رفض التعاقد الا اذا كانت هناك أسباب مشروعة " .

٣ـ العطـــــاءات :

قد يلجأ صاحب العمل الى انجاز أعمـاله عن طريق المناقصـة العلنية أو الخطابات المغلقة ويعتبر عمل المناقصة مجرد دعوة الـى التعاقد وليس ايجابا ٠ ويبدأ الايجاب بتقديم العطاء ويسقط بالعطـاء الأعلى الذى يزيد عليه٠ ويتم القبول بقبول العطاء الأقل قيمة، وقـد يحتفظ المعلن عن حقه فى رفض العطاء الأقل نتيجة دون مبرر أو سبب وهنا لايلتزم بالتعاقد مع مقدم العطاء الأقل ٠

أما اذا لم يحتفظ بالحق فى الرفض كما سبق القول فانه يلتـزم بالتعاقد مع مقدم العطاء الأقل ٠ ويلتزم المعلن عن المناقصةبالقبـول اذ انه الداعى اليه ولايجوز له رفض التعاقد الا لأسباب مشروعة والالتزام فى حالة الرفض بالتعويض تجاه مقدم العطاء الأقل ويشمل التعويـض ما أنفقه مقدم العطاء الأقل مما لحقه من خسـارة تتمـثل فيمـا أنفقه من مصاريف ومافاته من كسـب المتمثل فى قيامه بتنفيـذ الأعمال المعلن عنها (٢) ويسرى على العطاءات حكم المزايدة اذ ان المشرع فى المادة ٩٩ مدنى لايتم العقد فى المزايدات الا برسوم المزاد (٣) .

---

(١) أنظر المادة ١٣٦ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى"٠٠٠ لا يجوز رفض التعاقد الا اذا كانت هناك أسباب مشروعة "

(٢) أنظر السنهورى الوسيط ط١ ص٢١٦ بند ١١٠ـ د/عبد الحـى حجازى اللالتزامات جـ١ بند ٣٧ د/ محمد لبيب شنب المرجـع السابق ص٧٧ـ باريس ١٩٠٤/١/١٥ د اللوز ١٩٠٤ـ٢ـ٧١ ٠

(٣) انظر د/محمد لبيب شنب المرجع السابق ص٧٦ هامش ٢ ٠

المطلب الثانى

تكييف عقد المقاولـــــــة

تكييف العقـــد :

يقصد بالتكييف اعطاء الوصف القانونى الدقيق للعقد وهى عمليـــة فنيه يقوم بها قاضى الموضوع بعد تفسيره لكافة بنود العقد سواء بالقواعد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين أو حسب قواعد العرف الجـــارى والمعاملات .

وهناك عنصران يميزان عقد المقاولة عن عملية التكييف القانونى همـــا : العنصر الأول : يجب على قاضى الموضوع عندما يستخلص من صياغة العقد أن ارادة المتعاقدين قد اتجهت بالفعل الى قيام المقاول بالعمل مستقلا عن اشراف ورقابة وتوجيه صاحب العمل .

والعنصر الثانى هو : أن يتم العمل المطلوب انجازه لقاء أجر معيـــن ومحدد من قبل الطرفين فاذا اتضح للقاضى أنه قد احتج بأن العقـــد يكون عقد مقاولة والقاضى وهو يقوم بهذا الاستنباط يجرى عملية دقيقـــة مكونة من مرحلتين يحكمها المنطق القضائى فى التكييف فيستخلص مـــن صياغة البنود والملابسات التى تم فيها التعاقد أى من مقدمات العقـــد خصائص معينة ثم تأتى بعد المقدمات التوالى وهى التفصيلات التى أدرجها المتعاقدين ومن خلال عملية استنباط دقيقة من المقدمات والتوالى تأتـــى النتيجة القانونية وهى عملية التكييف القانونى للعقد . (١)

---

(١) أنظر للمؤلف سلطة محكمة النقض فى الرقابة على تفسير عقـــود الاذعان عام ١٩٩٠ ص ١١٢ _ ١١٣ .

الطابع القانونى لعقد المقاولة :

من المستقر عليه فقها وقضاء أن عقد المقاولة من عقود القانون الخاص ، وقد يتسم بالطابع المدنى أو الطابع التجارى بالنسبة للنظر الى أحد طرفيه ، فالبنسبة لصاحب العمل فعقد المقاولة فى الأصل ذات طابع مدنى ولكن استثناء يعتبر ذات طابع تجارى اذا كان صاحب العمل تاجرا وأبرم هذا العقد لانجاز مصالحه التجارية(١) أما بالنسبة للمقاول فقد يكون عقد المقاولة ذات طابع مدنى أو تجارى بالنظر الى محل العمل المطلوب انجازه فاذا كان العمل مدنيا فان العقد يكون ذات طابع مدنى واذا كان العمل تجاريا فانه يكون ذات طابع تجارى(٢) وتعتبر أعمال أصحاب المهن الحرة أعمالا مدنية مثل الأطباء والمحامين والمحاسبين .

الا أنه بالنسبة لبعض أصحاب المهن الحرة مثل المهندس المعمارى تعتبر الأعمال التى يمارسها أعمالا تجارية بالنظر الى أنهم يمارسون بجانب العمل الذهنى المتمثل فى التصميمات والاشراف أعمال أخرى

---

(١) انظر د/ أكثم الخولى نظرية المشروع العام وشبه العام ١٩٦١ ، ص١١٤ بند ٨٢ يعتبر العقد عمل تجارى بالتبعية .

(٢) أنظر د/محمد لبيب شنب المرجع السابق ، ص٥٣ " تعتبر الأعمال الذهنية أعمالا مدنية حتى ولو مارسها الشخص محترفا " .

مادية مثـل القيام بأعمال البنـاء ذاتها أو توريد المعدات والأدوات وهذا النشاط الأخير يطغى على النشاط المهنى. وقد توسع القضاء والفقه فى تفسير عقود انشاء المبانى فجعل المقاولات شاملة القيام بأعمال البنـاء والترميم والصيانة وانشاء الجسور والخزانات ومد السكك الحديدية فكلها شاملة أعمال المقاولات ولكن يثور التساؤل عن ما أهمية كون عقد المقاولة ذات طابع مدنى أم تجارى ان اختفاء الحقيقة القانونية لهذا التحليل الدقيق ليس من قبل الفلسفة أو الترف الفكرى وانما هناك أهمية قانونية لكون عقد المقاولة ذات طابع تجارى أم مدنى وتتضح هذه الأهمية فى مجال الاثبات فالاثبات فى المواد التجارية غير مقدر بنصاب معين أما فى التصرفات المدنية اذا كان البند قيمته مائة جنيه أو أكثر لايجوز اثباته الا بالكتابة .

كما أن التضامن معترف فى المسائل التجارية أما فى المسائل المدنية فالتضامن غير مفترض ولابد من الاتفاق أو النص عليه.(١)

---

(١)أنظر للمؤلف أحكام الاثبات ١٩٩٦، ص ٣٨-٣٩ .

المطلب الثانـــــى

تمييز عقد المقاولة عن غيره من العقود الأخرى

تمهيـــــــد :-

لقل عقــــد أحكامـــه الخاضعــــة التى وضعها المشـــرع حتـــــى يكفـــل المشـــرع حمايـــة المصـــالح المتعارضــــة بيـــن هــــذه العقـــود ومن ثـــم كان لتمييـــز عقدالمقاولـــة عما قد يتشـــابه معـــه من نمـــاذج للعقـــود الأخـــرى الواردة علـــى العمـــل مثـــل عقـــد الشـــركة - الوكالـــة - البيـــع - الايجـــاز - العمـــل أهميـــة فـــى مجـــال الدراسة التطبيقيـــة ومن هنـــا لابـــد من عقـــد تفرقـــة بيـــن عقدالمقاولـــة وغيـــره من العقـــود الأخـــرى كل فـــى فـــرع مـــستقل علـــى النحـــو التالـــى :-

الفـــــرع الأول

تمييز عقد المقاولة عن عقد العمل

معيار التمييز :-

يشترك كل من العقدين فى أنهما يردان على العمل - فالعمل هو الأداة الرئيسية فى كل منهما ولكن لكل منهما مجاله وتطبيقاته فعقد المقاولة تسرى عليه أحكام القواعد العامة فى التعيين المدنى .

أما عقد العمل فالى جانب الخضوع فى بعض القواعد العامة فيسرى عليه تشريعات العمل الخاصة وقد احتدم الجدال أوساط الفقه حول معيار التمييز بين العقدين وسوف نعرض فيما يلى لأوجه الخلاف والرأى الراجح فى هذا الصدد .

أولا : الاتجاه الأول : طريقة تحديد الأجر :-

ذهب البعض [١] الى القول بأن معيار التمييز بين العقدين يخضع للطريقة التى يقدر على أساسها الأجر فاذا كان الأجر يقدر أسبوعيا أو شهريا كان العقد عملا واذا قدر بحسب كمية الانتاج كان العقد مقاولة ولكن هذا المعيار لايصلح أساسا لهذا التمييز باعتبار أنه يقوم على أمر غير جوهرى [٢] فلا أهمية بين عامل يتقاضى أجره بالأسبوع أو الشهر أو الكمية المنتجة بالقطعة.

---

(١) انظر توليه فقره ٢٨٠- بلانيول فقرة ١٨٩٩ وهو اتجاه قديم .
(٢) أنظر د/السنهورى الوسيط جـ٧،ص١٢ طبعة ١٩٨٩ نادى القضاة .

ثانيا : الاتجاه الثاني: علاقة التبعية :-

ذهب أنصار هذا الاتجاه[(١)] الى أن معيار علاقة التبعية هو الذي يميز العمل عن المقاولة فالعامل طبقا لنص المادة ٦٧٤ مدني والمادة الأولى من قانون العمل ١٣٧ لسنة ١٩٨١ يعمل تحت رقابة وسيطرة وتوجيه من صاحب العمل أي يجب أن تتوافر علاقة التبعية الفنية والقانونية في علاقة العمل على خلاف الحال في عقد المقاولة فان المقاول لايخضع لادارة رب العمل واشرافه بل يقوم بالعمل مستقلا طبقا لما تم الاتفاق عليه من شروط في عقد المقاولة وقد أخذ المشرع بذلك الاتجاه الأخير والذى نراه راجحا عندما عرف عقد المقاولة في المادة ٦٤٦ مدني" أن المقاول يعمل لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر " .

نتائج التمييز بين عقد المقاولة والعمل :

ان اجراء التمييز على النحو سالف الذكر ليس من قبل الترف الفكري دائما له مغزاه في التطبيق الواقعي وتبرز أهم نتائج هذا التمييز كما يلي :-

١- تبعية الهلاك : في عقد المقاولة اذا هلك الشيء محل العمل بسبب أجنبي فلا يجوز للمقاول المطالبة لا بالأجرة ولا برد النفقات أما

---

(١) انظر نقض فرنسي ٢٧/١/١٩٣٣ داللوز الأسبوعي ١٣٨-٢٨٩
د/محمد حلمي مراد قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، ص٢٢٦ -
محمود جمال ذكي قانون العمل - محمد لبيب شنب فقرة ٢٠ -
أكثم الخولي فقرة ٨٦، ص١٣٦ ،ونقض مدني مصري ٤/٤/١٩٥٧، ص٢٧٠

فى عقد العمل فان العامل يستحق أجره رغم هلاك الشيء[١] .

٢- التقادم: فى عقد العمل تسقط الدعاوى الناشئة فى عقد العمل بمضى سنة على انقضاء العقد وكذلك حقوق العمال فى الأجر تسقط أيضا بمضى سنة على استحقاقه اذا كان العقد لايزال موجود[٢] أما فى عقد المقاولة فان طبقا للقواعد العامة[٣] فان الأجر لايسقط الا بمضى خمس عشرة سنة الا اذا كان المقاول من ذوى العمل الحر مثل المحامى - الطبيب - المهندس فانهم تتقادم حقوقهم بمضى خمس سنوات .[٤]

٣- انتهاء العقد بالفسخ: ينفسخ عقد العمل بوفاة العامل بقوة القانون[٥] أما فى عقد المقاولة فلا ينتهى العقد من تلقاء نفسه الا اذا كان لشخص المقاول اعتبار عند المعقد[٦] .

---

(١) انظر المادة ١/٩٦٥ مدنى .
(٢) انظر المادة ٦٩٨ مدنى .
(٣) انظر المادة ٣٧٨ مدنى .
(٤) انظر المادة ٣٧٤ مدنى ، ٣٧٦ مدنى أيضا .
(٥) أنظر المادة ١/٦٩٧ مدنى .
(٦) أنظر المادة ٦٦٦ مدنى .

٤ـ المسئولية التضامنية بقوة القانون : فى حالة عقد العمل فان صاحب العمل يكون تابعا مسئولا عن الضرر الذى يحدثه العامل المتبوع متى كان واقعا أثناء أو بسبب تأدية أعمال وظيفته .

أما المقاول فيكون وحده المسئول عن التعويض الذى يحدث للغير حتى ولو كان لصاحب العمل حق الاشراف البسيط لضمان حسن سير العمل (١) ولكن اذا كان صاحب العمل احتفظ لنفسه بحق الاشراف من الناحية الفنية فانه يكون مسئولا وحده فقط دون المقاول اذ أن دور المقاول ينحصر فى كونه منفذا للعمل فقط .

---

(١) أنظر د/ محمد لبيب شنب ، ص٢٦ ـ ٢٧ .

الفرع الثانى

التميز بين عقد المقاولة والشركة

معيار التمييز :-

نعلم أن الشركة كما عرضها المشرع فى المادة ٥٠٥ مدنى أنها " عقد يلتزم بموجبه شخصان أو أكثر بأن يساهم كلا منهم فى مشروع مالى بقصد اقتسام ماقد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة وقد استقر الرأى (١) على أن نية الاشتراك فى نشاط ذى تبعة هى التى تميز الشركة عن المقاولة ، ويقصد بنية الاشتراك نية تكوين شركة أو إرادة كل شريك فى أن يتعاون مع غيره من باقى الشركاء فى نشاط يحوطه المخاطرة على خلاف الحال فى المقاولة ، فالمقاول يقوم بالعمل المنوط به مقابل أجر وعلى كل حال ان استنباط هذه النية من الأمور الموضوعية التى تستقل بها محكمة الموضوع الداخلة فى نطاق السلطة التقديرية متى كانت قائمة على أسباب سائغة تكفى هذا الاستخلاص

---

(١) أنظر د/السنهورى الوسيط جـ٧ طبعة١٩٨٩، ص ٣٩-٤٠ .

ولكن قد يتشابه أو يختلط عقد المقاولة مع الشركة في حالة اذا كان الشريك الذى قدم حصته عملا له أن يساهم في الارباح والخسائر وهل يعتبر العقد مقاولة أم شركة نرى التفرقة بين حالتين :

الأولى: اذا اشترط الشريك الحصول على نسبة من الأرباح مقابل العمل أو الحصول على مبلغ معين مقابل العمل فان العقد يكون مقاولةوليس شركة لأن المقاول يلتزم بالحصول على العمل لصالح الشركة وتلتزم الشركة بأن تعطى المقاول أجرا مقابل ذلك ..

والثانية اذا كان الشريك قدم حصته عملا مقابل المساهمة في خسائر الشركة وأرباحها فان العقد يعتبر شركة لأن نشاطه ينطوى على قدر من المخاطرة .

الفرع الثالث

التمييز بين عقد المقاولة والايجار

معيار التمييز :ـ

يذهب البعض الى أن (١) معيار التمييز بين العقدين يكفى فى أن الايجار الغرض منه هو الانتفاع بالشئ المؤجر ومع ذلك فقد يلزم الأمر فى بعض الأحوال لتحديد ما اذا كان العقد مقاولة أم ايجار ومعزى هذه الصعوبة ترجع الى أنه فى نطاق عقد المقاولة قد يستخدم المقاول فى القيام بالمهام المنوط بعض أشياء ينتفع بها صاحب العمل بطريق غير مباشر وقد ثار التساؤل حول طبيعة العقود التالية هل هى عقد مقاولة أم عقد ايجار .

فعقد اشتراك الهاتف بين هيئة المواصلات السلكية واللاسلكية والمشترك بحسب الراجح فقها وقضاء (٢) أنه عقد مقاولة الهدف الأساسى منه هو توصيل المشترك بخطوط سائر المشتركين أما تقديم الالة ومد الاسلاك الى منازل المشتركين فليس الا أداة للقيام بتنفيذ عقد المقاولة والاتفاق مع احدى الصحف على استئجار محل فيها للاعلان لقاء مقابل معين فان العقد يعتبر ايجار وليس مقاولة (٣) وكذلك الأمر الاتفاق بين مالك البناء على نشر الاعلان على حائط المبنى

---

(١) أنظر د/محمد على أمام بند ١ـ منصور مصطفى فقرة ١٤١ ـ بلا بينول . ص٥٣٤ .

(٢) أنظر نقد مدنى٢٩/١٢/١٩٥٨ ،محمد لبيب شنب،ص٢٤ .السنهورى ص ٦١ـ٦٢ .

(٣) أنظر السنهورى الوسيط جـ١ . ص١٨ فقرة ٧ .

أو فوق سطحه فان العقد يعتبر ايجار اذا اقتصر على مجرد التمكين من النشر فقط ولكن اذا التزم مالك البناء بالقيام بالأعمال اللازمة لنشر الاعلان فان العقد يعتبر مقاولة وليس ايجار (١) •

ولكن قد تثور صعوبة حول تكييف العقد فى حالة اتفاق شخص من شركة فى شركات النقل على أن تضع تحت تصرفه احدى سياراتها بالسائق لاستخدامها فى رحلة معينة فهل يعتبر العقد مقاولة أو ايجار •

ذهب البعض (٢) الى القول بأن عملية تكييف العقد اعتباره مقاولة أم ايجار للسيارة فى هذا الغرض يتوقف على من له السيطرة والاشراف والرقابة على السيارة وسائقها فى خلال الرحلة فاذا كانت الشركة هى التى تملك هذه السيطرة وذلك الاشراف والتوجيه والرقابة فان العقد يعتبر مقاولة أما اذا انتقلت السيطرة والرقابة والتوجيه الى الراكب فان العقد يعتبر ايجارا وليس مقاولة •

وقد يحدث لبسا حول ما اذا كان العقد مقاولة أم ايجار أيضا فى حالة عقد التزام المرافق العامة فالمستهلك يتعاقد مع المرفق العام من مياه أو غاز أو كهرباء فالعقد يعتبر مقاولة (٣) وليس ايجارا للمعدات التى تقوم الشركة بتوصيلها •

---

(١) أنظر السنهورى الوسيط جـ٧، ص١٣ فقرة ٤ •
(٢) أنظر د/محمد لبيب شنب، ص ٢٤ـ٢٥ •
(٣) أنظر د/السنهورى الوسيط ، ص١١ـ١٢ أيضا •

الفرع الرابع

التمييز بين عقد المقاولة والوكالة

معيار التمييز بين العقدين :

من خلال تعريف عقد المقاولة كما سبق لنا أنه يتفق مع عقد الوكالة فى أن كل منهما مقتضاه القيام بعمل لحساب شخص آخر ولكن الذى يميز كل منهما عن الآخر أن محل عقد الوكالة العمل القانونى فالوكيل عندما يقوم بالعمل نائبا عن الموكل فانما يقوم به كما لو كان الموكل عقده بصفه مباشرة ويضاف التصرف القانونى للموكل وليس للوكيل وهنا فى عقد المقاولة فان محله العمل المادى ويقوم به المقاول نفسه ولاينصرف العمل لمصلحة رب العمل ولكن للمقاول شخصيا (١) .

ولكن قد يكون الأمر بأن تكون هناك مجموعة من الأعمال القانونية والمادية فى عملية واحدة فهنا يثور التساؤل هل يعتبر العقد مقاولة أم وكالة ؟

يرى البعض أن يطبق عقد المقاولة اذا كان محله القيام بعمل قانونى ويطبق عقد المقاولة اذا كان محله القيام بعمل مادى (٢) واذا كان يتعذر الفصل بين الفعل المادى والتصرف القانونى فالعبرة بالصفة الغالبة للعقد فيعتبر العقد مقاولة اذا كان الغلبة للنشاط المادى ويعتبر

---

(١) أنظر د/ لبيب شنب ، ص٢٣ .

(٢) أنظر د/ اسماعيل غانم ، عقد العمل ، ص ١٢٩ بند ١٦٧ .

العقد مقاولة اذا كانت الغلبة للتصرف القانونى ٠

نتائج التمييز بين العقدين :

يترتب على التمييز بين العقدين عقد المقاولة والوكالة عدة نتائج يمكن حصرها كما يلى :ـ

١ـ المقاولة عقد معاوضة لابد فيه من الأجر فالمقاول يقوم بالعمل المطلوب منه مقابل أجر محدد أما الوكالة فالأصل أنها تبرعية كما ورد فى المادة ١/٧٠٩ مدنى مالم يوجد اتفاق على غير ذلك ولايستطيع القاضى أن يعدل الأجر فى المقاولة زيادة أونقصا على خلاف الحال فى الوكالة فالأجر خاضع لتقدير القاضى (١) ٠

٢ـ يعتبر المقاول تاجرا اذا كان العمل المسند اليه ذات طابع تجارى على خلاف المقاولة فلا يمكن أن يكون الوكيل تاجرا ٠

٣ـ فى حالة تعدد الموكلون فانهم يسألون بالتضامن تجاه الوكيل عملا بالمادة ٧١٢ مدنى ٠ أما أصحاب الأعمال فلا تضامن بينهم الا اذا كان هناك اتفاق فيما بينهم على ذلك ٠

٤ـ فى حالة استحالة التنفيذ بسبب أجنبى فان المقاول يتحمل هذه التبعة على خلاف الوكالة فان الوكيل يستحق أجره متى ثبت قيامه ببذل العناية المطلوبة منه حتى ولم تتحقق النتيجة ٠

---

(١) أنظر بلاينول وريبر بند ٩١١ ٠

٥ـ فى نطاق الدعوى المباشرة فانه عملا بالمادة ٣/٧٠٨ مدنى اذا أناب الوكيل غيره فى تنفيذ الوكالة كان للموكل ولنائب الوكيل الرجوع كل منهما على الآخر مباشرة وهذا يختلف عما ورد فى المادة ١/٦٦٢ مدنى أن حق المقاول من الباطن قاصر على مطالبة صاحب العمل بما لايجاوز القدر الذى يكون مدينا للمقاول الأصلى .

٦ـ المقاولة عقد لازم أما الوكالة فهى عقد غير لازم يجوز عزل الوكيل فى أى وقت. (١)

٧ـ ينتهى عقد الوكالة بموت الوكيل أو الموكل على خلاف الحال فى عقد المقاولة لاينتهى عقد المقاولة بوفاة المقاول أو صاحب العمل الا اذا كانت شخصيته محل اعتبار فى العقد .

٨ـ تنهى بمعرفة التبعية فى عقد المقاولة لأن المقاول يعمل مستقلا ومن لامجال لاعمال مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة على خلاف الحال فى عقد الوكالة ففى معظم الأحوال يكون الموكل مسئولا مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة .

وقد أسفر الواقع التطبيقى عن العقود التى يبرمها أصحاب المهن الحرة مثل المعلم ـ المهندس المعمارى ـ الطبيب ـ المحامى ـ المحاسب عن بعض المشاكل القانونية من حيث تكييف هذه العقود باعتبارها عقود مقاولة أم عقود عمل والذى أثار هذا التكييف

---

(١) أنظر د/السنهورى الوسيط ٧ ، ص ٢٨ .

أن هؤلاء يقومون بأعمال مادية بحتة يطلب فيها الفكر أى مختلطة من العمل المادى والفكر وسوف نعرض لأهمها ذيوعا فى مجال العمل كما يلى :ـ

أولا : عقد العلاج الطبى:

يقصد بعقد العلاج الطبى (١) انه اتفاق قصد به قيام الطبيب بالعناية بصحة المريض وعلاجه لقاء أجر ومن ثم فان الطبيب يلتزم بموجب هذا العقد ببذل العناية المطلوبة منه فى سبيل شفاء المريض ولكن ليس ملزما بتحقيق هذه النتيجة فيجب عليه أن يبذل جهدا صادقا يقظا بما يتفق والأسلوب العلمى الحديث (٢) ويعتبر العقد الطبى عقد مدنى بطبيعته لايبغى الطبيب من وراءه ربحا معينا رغم أنه يحصل على مقابل عمله عن مباشرة هذه المهنة . ويتسم عقد العلاج الطبى بالمزايا التالية :ـ

١ـ أن محل التزام الطبيب فى العلاج الطبى بذل العناية وليس تحقيق النتيجة .

٢ـ أن شخصية الطبيب محل اعتبار فى العقد فالمريض يقوم باختيار الطبيب بناء على الثقة المفروضة فيه وبالتالى ينقضى العقد

---

(١) أنظر سافاتيه القانون الطبى، ص٢١١ـ المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء عام١٣٧ ـ محمد لبيب شنب ص٣٧ .

(٢) أنظر المادة ٦٢٤ / ٢ من قانون الموجبات اللبنانى "أن العقد الذى بموجبه يلتزم صاحب الحرفة أو المهنة الحرة فى تقديم خدماته لمن يتعاقدون معه وكذلك العقود التى بموجبها يلتزم الاساتذة القيام بمهمتهم لمصلحة معهد أو شخص ماتقدمن فى اجازة الصناعة " .

بموت الطبيب.

٣- عقد العلاج الطبى عقد غير لازم من قبل طرفيه فيستطيع المريض الرجوع فيه وكذلك الحال للطبيب أن يرجع في العقد ولايمكن اجباره على الاستمرار فى العلاج .

ثانيا : تكييف عقد العلاج الطبى:

اختلف الفقه حول تكييف عقد العلاج الطبى فذهب البعض(١) الى أنه عقد وكالة تأسيسا على أن عمل الطبيب يغلب عليه الصفة الذهنية ولكن هذا الاتجاه فتعقد من عدة زوايا يمكن اجمالها على النحو التالى:

أ) أن عقد العلاج الطبى لايتوافر له سمات الوكالة من أن محلها عمل قانونى والوكيل يقوم بالعمل لحساب الأصيل فقعد العلاج الطبى يقوم الطبيب بالعمل باسمه شخصيا ولا مجال للنيابة عن المريض كما أن محله الشفاء للمريض ببذل العناية والجهد اليقظ .

ب) أن المشرع لم يجعل درجات للعقود فلا يوجد عمل دون أن يكون للعقل دور ملحوظ فيه(٢) .

وذهب البعض الآخر الى أن عقد العلاج الطبى هو عقد عمل(٣) ليس هذا القول صحيحا على مطلقه وانما يتعين التفرقه بين ما اذا كان الطبيب خاضعا لعلاقة التبعية من عدمه فاذا كان الطبيب قد تعاقد

---

(١) أنظر بويته جـ٥ بند٢٦ .

(٢) أنظر د/حسنى ذكى الابراشى مسئولية الأطباء والجراحة رسالة القاهرة ص ٩٣ .

(٣) أنظر كورنبراست ، ص ١٥٠ .

مع مستشفى خاص والتزم بالحضور ساعات محددة لتقديم خدماته فان العقد يعتبر عقد عمل ولايشترط توافر علاقة التبعية العينية دائما يكفى علاقة التبعية الادارية (١)، ولكن اذا انتفت هذه العلاقة فان عقد العلاج الطبى لايكون عقد عمل .

وذهب الاتجاه الآخر الى أن عقد العلاج الطبى عقد مقاولة رغم أن خصائصه لاتتلاقى مع عقد المقاولة على النحو الذى سلف بيانه (٢) وكما ذهبت محكمة النقض الفرنسى أنه ليس العلاج الطبى مايتعارض مع خصائص عقد المقاولة فعقد المقاولة كما يمكن أن يكون محله التزاما بتحقيق نتيجة يمكن أن يكون محله التزاما ببذل عناية كما لايكون لاعتبار شخص الطبيب فى العقد مانعا أن يكون العقد معه مقاوله فكثيرا ماتعتبر شخصية المقاول فى عقود المقاولة محل اعتبار وهذا هو ماورد فى المادة ٦٦٦ مدنى وأما بخصوص أن العقد لازم فى العلاج الطبى فكما يجوز للمريض التحلل من العقد يجوز أيضا لصاحب العمل التحلل من عقد المقاولة .

ثانيا : العقد بين المحامى والعميل :

يبدو للوهلة الأولى أن العلاقة بين المحامى والعميل (٣) علاقة

---

(١) أنظر للمؤلف موسوعة العمل المدنية ١٩٩١، ص١١٢-١١٨ .

(٢) أنظر نقض مدنى فرنسى ١٢/٧/١٩٣٧ سيرية ١٩٣٩ تعليق بريتون وجانا سافاتيه المهن الحرة، ص٢١٤ .

(٣) أنظر د/طلبة وهبه خطاب المسئولية المدنية للمحامى عقد غير مسمى عام ١٩٨٨ ، ص١٨-٢٠ .

وكالة فيقال أن المحامى وكيلا والعميل موكلا ولكن يجب أن ندقق النظر فى نطاق الأعمال التى يقوم بها المحامى، فهى تنقسم الى نوعين ، النوع الأول يتعين القيام بأعمال مادية بحتة وان كان يطلب فيها الفكر مثل المرافعة الشفوية والكتابة والدفاع عن مصالح العملاء فى مجلس القضاء أو خارجه وهو يقوم بهذه الأعمال فانما يقوم بأعمال مادية لا أعمال قانونية فهو يفعل ذلك باسمه الشخصى وليس باسم العميل ومن ثم فان العقد فى نطاق هذه الأعمال لايعتبر عقد وكالة لأن الوكالة محلها العمل القانونى وانصراف الأثر للأصيل دون الوكيل .[1]

ومعيار تكييف العقد بين المحامى وعميله كما يذهب الاتجاه الغالب فى الفقه والقضاء[2] هو البحث فى وجود علاقة التبعية فاذا كان المحامى يخضع لاشراف وتوجيه وركابه من جانب العميل كما هو الحال الذى يعمل بشركة ذات نشاط خاص أو شركة قطاع أعمال فان العقد يعتبر عقد عمل ولكن اذا انتفت علاقة التبعية فان العقد يعد مقاولة.

والنوع الثانى: يتضمن القيام بأعمال قانونية بحقه مثل اعلان الصحف وتقديم الطلبات واعلان الأحكام والطعن فيها ورفع الدعوى كل هذه الأعمال يقوم بها المحامى نيابة عن عميله وتعتبر أعمالا قانونية وهو يقوم

---

(١) أنظر مدنى فرنسى ١٩/١٢/١٨٨٩سبرية، ١٩٠١تعليق ألبير فال السين الجزئية٦/٥/١٩٤٢جازيت دى باليه ١٩٤٢ .

(٢) استئناف القاهرة الدعوى٢٢٥لسنة١٩٨٥ مودنه الفكهاني، ص ٩٢ ـ اسماعيل غانم ، ص١١٥ .

بها باسمه ونيابة عن العميل فالأمر الذى لامراء فيه أن هذا العقد يعتبر عقد وكالة [١] وحاصل القول أنه يطبق عقد المقاولة فى نطاق الأعمال المادية للمحامى وعقد الوكالة فى نطاق الأعمال القانونية ولكن اذا صعب الأمر فى التميز بين العمليتين فانه يؤخذ بالطابع الغالب فى مجال أعمال المحاماه وهو الطابع القانونى فيطبق الوكالة دون عقد المقاولة .

ثالثا : عقد المهندس المعمارى وصاحب البناء :

ذهب البعض [٢] الى أن هذا العقد وكالة ويعتبر المهندس المعمارى وكيلا مأمورا عن صاحب العمل ومن ثم يجوز للقاضى اعادة النظر فى الأجر محل العقد ويرتبط صاحب العمل بالعقود التى يبرمها المعمارى باسمه ولكن هذا الاتجاه غير صحيح ويكمن ذلك فى أن المهندس المعمارى عندما يقوم بالعمل يقوم به باسمه الخاص ولايخضع لاشراف ورقابة صاحب العمل كما أن قيام المهندس بوضع التصميمات والاشراف على تنفيذها لايعدو أن يكون عملا ماديا لايصلح أن يكون محلا للوكالة والراجح كما ذهب أستاذنا المرحوم السنهورى [٣] أن هذا العقد يحوى خليطا من الاعمال المادية والتصرفات ولكن عنصر المقاولة هو العنصر الغالب فيه وأهم الأعمال المادية التى يقوم بها

---

(١) أنظر د/محمد لبيب شنب، ص٤٩ هامش ١ .

(٢) أنظر السين الجزئية ١٩/٧/١٨٩٣ جازت دى باليه ١٨٩٤ ـ ١ ـ ٦ .

(٣) انظر السنهورى الوسيط جـ٧ ، ص٢٩ ـ ٣٠ لعقد المقاولة

المهندس وضع التصميم والرسومات والمقايسات والاشراف على التنفيذ كما أنه يقوم ببعض التصرفات القانونية مثل محاسبة المقاول وقرار الحساب وتسليم العمل من المقاول فهو يقوم بذلك العمل الأخير باعتباره نائبا عن صاحب العمل وحاصل القول أنه اذا تعارضت الأحكام يجب تطبيق أحكام عقد المقاولة ٠

الفرع الخامس

التمييز بين عقد المقاولة والبيع

معيار التمييز بين العقدين :

يبدو من الوهلة الأولى أن معيار التمييز بين عقد المقاولة والبيع يكمن فى أن المحل فى العقد الأول هو العمل المطلوب انجازه من المقاول[١] . بينما المحل فى العقد الثانى هوالملكية أى الشئ المراد تملكه فالمقاول الذى تعهد بناء منزل فانه تنطبق عليه أحكام عقد المقاولة. أما اذا بنى هذا المنزل لحسابه ثم قام ببيعه بعد ذلك فان العقد يعتبر بيعا لكن هناك فروض يتشابه فيها البيع والمقاولة بحيث يصعب التمييز بينهما ونذكر بعض هذه الفروض[٢] وهى اذا كان محل العقد صنع شئ وكان الصانع هو المورد للمواد اللازمة للصناعة فان هذا العقد يرتب أثران هما الأول :التزام الصانع بالعمل المنوط به - الثانى: نقل ملكية الشئ الذى تم صناعته الى صاحب العمل وقد أطلق الفقه على هذا العقد " عقد الاستصناع " فماهو التكييف الصحيح لهذا العقد ؟

أثارت هذه المسألة اهتمام الفقه والقضاء واختلف فيها الرأى الى عدة اتجاهات وسوف نذكر هذه الاتجاهات ثم نتبعها بالرأى الراجح فى هذا الصدد كما يلى :

---

(١) أنظر د/ السنهورى الوسيط جـ٧ ، ص٣٢ .

(٢) أنظر د/ محمد لبيب شنب المرجع السابق ، ص١٧ .

١ـ الاتجاه الأول : عقد بيع شيء مستقبل :ـ

أخذ بهذا الاتجاه الفقه والقضاء الفرنسي(١) وذلك استنادا الـــى نص المادة ١٧١١ مدنى فرنسى التى توجب بأن العقد يكون مقاولــــة اذا كانت المادة مقدمة من صاحب العمل أى أن مفهوم المخالفة من النص أن العقد لايكون مقاولة اذا كانت المادة مقدمة من الصانع فيكون العقـد اذن بيعا ويعزز أنصار هذا الاتجاه رأيهم بأن المادة ١٧٨٧ مدنـــــى فرنسى تتحدث عن حالتين الأولى: يقدم صاحب العمل المادة والثانيـــة يقدم الصانع المادة • ففى الحالة الأولى يكون العقد مقاولة والثانيـــة يكون العقد بيعا وواضح أن هذا الاتجاه لايدخل فى الاعتبـــــــار أن المقاول أنمـا تعاقد أصلا على العمل والمادة انما جاءت تابعـــة للعمل ولو كان المقاول قصد أن يبيع الشيء مصنوعا لجاز أن يقـــدم لرب العمل شيئا يكون قد صنعه قبل العقد(٢) وهو اذا فعـــــل وقبل منه صاحب العمل ذلك فان ملكية هذا الشيء المصنوع مـــن قبل لاتنتقل بموجب العقد الأصلى وانما ينتقل بموجب عقد جديـــد يطلق عليه كما عبر عنه استاذنا الدكتور السنهورى " أنه بيع لا لشـىء مستقبل بل لشيء حاضر " •

---

(١) انظر د/بدرى وفال فقرة ٣٨٧٢ ـ ليون وربنو فقرة ١٥٣ـنقض مدنى فرنسى ٧/٢٢ سنة ١٨٧٤ واللوز ٧٥ـ٣٠٣١ وبصفـــة خاصة فى عقد صنع الفنية •

(٢) أنظر السنهورى المرجع السابق ، ص ٣٤ •

نقد هذا الاتجاه :-

يعيب هذا الاتجاه(١) أنه لاينظر الا الى أثر واحد من الآثار التى تترتب على العقد وهو نقل الملكية للشئ المصنوع ولا يلتفت الى التزام المقاول بصناعة هذا الشئ فى حين أن الالتزام الأخير ليس مجرد التزام ثانوى اذا ماقورن بنقل الملكية فقيام المقاول بالعمل وهو صنع الشئ ركن من أركان عقد الاستصناع فضلا عن ذلك كما يذهب البعض(٢) ان اعتباره بيعا بسيطا لايحل المشاكل التى يثيرها والتى تتعلق بتنفيذ العمل المطالب به ٠

٢- الاتجاه الثانى: عقد مقاولة ابتداء وبيع انتهاء :

أخذ بهذا النظر الفقه الفرنسى(٣) ويذهب الى أنه طالما ان الشئ المراد تصنيعه لم يتم بعد فان العقد يكون مقاولة واذا انتهت صناعته تحول العقد الى بيع للشئ المصنوع وينتقل ملكيته للمشترى ٠ ولكن هذا الاتجاه منتقد(٤) ان تكييف العقد يتم وقت انعقاده بغض النظر عما يترتب عليه من آثار وانه لايجوز كما يذهب أستاذنا الدكتور محمد لبيب شنب أن يتغير وصف العقد عند تكوينه وعند نفاذه ويضيف

---

(١) انظر د/محمد لبيب شنب المرجع السابق ، ص١٨ يشير الى رسالة دافيد ، ص٢٨ ٠
(٢) انظر ترتيب الشرائع للكسانى ، جـ٥ ، ١٩١٠م ٠
(٣) انظر أوبرى ورد جـ٥، ص ٤٠٠ هامش ٢ ٠
(٤) كوست رسالة تولوز ١٩١٣ الطبعة القانونية لعقد المقاولة ص ١٠٤ ٠

علاوة على ماتقدم أن المقاولة لاتنقضى بمجرد اتمام صناعة الشيء[١] .

٣ـ الاتجاه الثالث: عقد مختلــــط :ـ

فذهب أنصار هذا الاتجاه[٢] الى أن عقد الاستصناع مزيج مختلط من البيع والمقاولة فاحكام كل من العقدين منفردة لاتكفى لمواجهــــة المشاكل التى يثيرها عقد الاستصناع ولكن هذا الاتجاه غير صحيح فهــو يثير صعوبات فيمايتعلق بالاحكام المتعارضة بين العقدين مثل انهــــاء العقد بالارادة المنفردة تحديد طبيعة العوض .

٤ـ الاتجاه الرابع: قد يكون العقد مقاولة أو بيعا حسب نسبة قيمـــة المادة الى قيمة العمـــــل .

أخذ بهذا الاتجاه أغلب الفقه والقضاء المصرى والفرنسى[٣] وحاصل القول أن هذا الاتجاه يجرى مقارنة بين ما اذا كانت قيمة العمل تفوق كثيــرا قيمة المادة أم أن قيمة المادة تفوق قيمة العمل ففى الحالة الأولى فــان العقد يكون مقاولة تنطبق عليه أحكام المقاولة أما فى الحالة الثانية فان العقد يعد بيعا وتنطبق عليه أحكام البيع وكما يذهب البعض أن هــذه المقارنة تستند بصفة أساسية الى القاعدة التى تقضى بأن الربح يتبـــع

---

(١) أنظر د/محمد لبيب شنب المرجع السابق ، ص١٨ .
(٢) أنظر د/بلانيول وربير، ص١٤٨ تعليق فى اللوز الدورى ١٩٩٢ـ ١ـ١١٣ .
(٣) أنظر بلانيول وربير وبولانجيه فقرة ٢٩٩٢ـ الهلالى ـ حامـــد ذكى، ص٩٨ـ البدراوى، ص١٠٣ مرقص ص٢٩ـ أنور سلطان ص٣١ منصور مصطفى، ص٢٤ ـ اسماعيل غانم ص٣٦ ـ المادة ٦٥٨ من قانون الموجبات اللبنانى .

الأصل فاذا كان العمل هو الأصل تبعها المادة ويعتبر العقد مقاولة واذا كانت المادة هى الأصل تبعها العمل وكان بيعا • غير أن البعض فى الفقه ينتقد هذا الاتجاه رغم أنه الراجح فقهاء وقضاء[1] أن هذا الاتجاه يستند الى معيار غير محدد فليس من الهين تحديد أى العنصرين أكثر ومن ثم فلابد أن يؤدى ذلك الى نتائج غير منطقية فوصف العقد يجب أن يرتبط بعناصر ثابتة لاتتغير ولايجوز بالتالى أن يتوقف على قيمة المواد المستخدمة فى العمل ويختلف باختلاف هذه القيمة اذاما قورنت قيمة العمل ذاته •

٥ـ الاتجاه الخامس: عقد مقاولة :ـ

ذهب البعض[2] الى أنه اذا التزم شخص بصناعة شئ من مواد يقدم خاماتها من عنده فان هذا العقد لامحال مقاولة وليس بيعا لشئ مستقبل ذلك أن التزام المتعهد بالقيام بالعمل وهو صنع الشئ اذا لم ينجزه يعتبر مخلا بالوفاء وذلك الالتزام واذا كان يترتب على صنع الشئ أن يتملكه صاحب العمل فذلك لايعتبر بالضرورة ان العقد ورد أصلا على الملكية وأنه بيع فلابد أن يتملك صاحب العمل للشئ المصنوع

---

(١) انظر د/ محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص٣١ •

(٢) انظر د / محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص٣٢ ، نقض مدنى فرنسى ٢٠/٢/١٨٨٣ د اللوز ٨٤ ـ ١ ـ ٣٢ •

من قبل المقاول وهذه ضرورية حتمية يؤكدها أن المقاول عندما يقوم بالصناعة للشيء فانه يقوم به لحساب صاحب العمل وهذا الاتجاه هو الاقرب الى الصحة ويتفق وماذهب اليه المشرع فى المادة ٦٤٦ مدنى من أن المقاولة عقد يتعهد بموجبه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر وأكد المشرع ذلك صراحة فى المادة ٦٤٧ عندما حدد مسئولية المقاول عن المادة التى يقدمها فهو مسئول عن الجودة والضمان قبل صاحب العمل ولو كان العقد البيع فان المشرع كان عليه أن يميل الى الضمان فى البيع .

أهمية التمييز بين عقد المقاولة والبيع :ـ

نظرا للفوارق العديدة بين العقدين فانه ينتج عنها النتائج التالية :

أولا : انهاء العقد بالارادة المنفردة :

فى عقد البيع فانه اعمالا للمادة ١٤٧ مدنى انه لايجوز لأى من طرفيه التحلل من الالتزامات التعاقدية بالارادة المنفردة فلايجوز انقاضه أو تعديله الا بارادة الطرفين على خلاف الحال فى عقد المقاولة فان صاحب العمل يجوز له وقف العقد فى أى وقت بالارادة المنفردة.

ثانيا : بدء سريان الفوائد :ـ

القاعدة العامة فى استحقاق الفوائد فى المادة ٢٢٦ مدنى أن الفوائد تستحق من تاريخ المطالبة القضائية ومن ثم فان المقاول لايستحق فوائد على الأجر الا من بدء المطالبة القضائية اعمالا للقواعد العامة على خلاف الحال فى عقد البيع فانه يفرق بين أمرين هما : الأول اذا كان

البيع ليس له ثمرات أو ايرادات أخرى فان الفوائد تستحق من تاريخ الاعذار بذلك • أى أن الثمن المستحق للبائع لايكون له فوائد الا من تاريخ هذا الاعذار أما اذا كان المبيع له ثمرات أو ايرادات فان الفوائد تستحق من يوم التسليم للمبيع وهذا هو ما أورده المشرع فى المادة ٤٥٨ مدنى مصرى •

ثالثا : حق الامتياز :

فى عقد المقاولة لايكون للمقاولة حق امتياز الا فى حالة ما اذا كان محل عقد المقاولة هو اقامة منشأة أو بناء أو ترميمها أو صيانتها (١) على خلاف الحال فى عقد البيع سواء ورد على عقار أم منقول (٢) فللبائع حق امتياز على المبيع ضمانا لاستيفاء الثمن المستحق •

رابعا : تعيين العوض فى العقدين :

يشترط لانعقاد عقد البيع صحيحا تعين الثمن ومقداره أو الأسس التى يمكن من خلالها تعيينه فاذا لم يتم ذلك فان العقد يكون باطل بطلانا مطلقا (٣) •

أما فى عقد المقاولة فلم يشترط المشرع تحديد الأجر مقدما عند التعاقد أو العناصر التى تسمح بتحديده فيما بعد •

---

(١) انظر المادة ١١٤٨ مدنى مصرى •
(٢) انظر المادة ١٤٤٧ مدنى مصرى •
(٣) انظر المادة ٦٥٩ مدنى مصرى •

الفصل الثاني

انعقاد عقد المقاولة

تمهيد :-

ذكرنا سلفا أن عقد المقاولة من أخص خصائصه أنه عقد رضائي لم يشترط المشرع فيه شكلا معينا للانعقاد فاذا وجد الرضاء سليما خاليا من العيوب ينعقد دون اشتراط أية اركان أخرى فهو ينعقد بالكتابة أو شفاهة أو بالاشارة وأبلغ دليل على ذلك ان المشرع طبق ذلك على مقاولات البناء فلايلزم لانعقادها عمل مقايسة ومن ثم ينحصر الحديث في بيان شروط الانعقاد شروط الصحة اثبات عقد المقاولة وذلك كل في مبحث خاص كما يلي :

المبحث الأول

شروط انعقاد عقد المقاولة

تمهيد :

لكى ينعقد العقد صحيحا لابد من التراضى على ماهية العمل والأجر وعدم وجود نص يحرم المقاولة ومن ثم تأتى دراستنا فى هذا المبحث منقسمة الى ثلاثة مطالب رئيسية هى :ـ

المطلب الأول : التراضى على ماهية المقاولة .

المطلب الثانى: التراضى على ماهية الأجر .

المطلب الثالث: عدم وجود نص يحرم المقاولة

وسوف نتولى بيان هذا الاجمال كما يلى .

المطلب الأول

التراضى على ماهية المقاولـــــة

ماهية المقاولة والعمل :ـ

لايتم التراضى فى عقد المقاولة الا اذا اتجهت ارادة أحـــــد المتعاقدين أن يقوم بالعمل مستقلا عن الطرف الآخر ومن هنا لابـد أن يشترط فى هذا العمل محل عقد المقاولة[١] عدة شروط نتوالـــى ذكرها تفصيلا كما يلى :ـ

١ـ أن يكون العمل معينا أو قابلا للتعيين :ـ

لما كان العمل هو المحل المعول عليه فى عقد المقاولة فانـــه لايمكن أن تتطابق ارادة المتعاقدين وصاحب العمل ان لم يكن العمـل معينا فى العقد فاذا أوجب شخص بحاجته الى من يقوم بعمـــل دون تحديد أو تعيين لهذا العمل فلا يمكن التحقق من تطابق القبول الذى يصدر من المقاول لهذا الايجاب وبالتالى لاينعقد التراضى على العمـــل محل المقاولة ويتم تعيين العمل بطبيعته أو بوصفه[٢] فاذا كان محـل العقد هو القيام باجراء جراحة للمريض فيذكر نوع العملية حسب الأصول العلمية الطبية واذا كان محـل العقـد القيـام بانشـاء مبنـــى أو ترميمـه فيجـب ذكـر أيضا المبنـى وعـدد طوابقـه ومساحتـه

---

(١) أنظر السنهورى المرجع السابق ، ص٧١ .
(٢) أنظر لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص٦٠ .

الكليـــة والمواد التى تستخدم فـــى التشـــييد أو الترميــــــــم واذا كان محلـــه مراجعـــه حســـابات لشـــركة ما فانه يجـــببيـــان هـــذه الشـــركة المطلـــوب مراجعـــة حســـاباتها ومفردات هـــذا الحســـاب وعما اذا كانت هناك شـــركات وليدة عنها •

واذا لم يكن العمل معينا وجب أن يكون على الأقل قابـــــلا للتعيين (١) ومن ثم يصبح التعاقـد على تشـييد مدرسة تحوى عــــدد معين من الفصول بحيث يشـمل كل فصل عدد معين من التلاميذ مـع استكمال المرافق اللازمـة لمثل هذه المدرسـة وكذلك أيضا يصــــــح الاتفاق على بناء مستشـفى يحوى عدد معين من الغبار ويحوى كل غيـر عدد معين من الأسرة وكذلك الحال فى حالة اقامة هذا أو مســــــرح فالأعمال التى يمكن أن تكون محلا لعقد المقاولة يجب أن يكون قابلـة للتعيين •

٢ـ أن يكون العمل ممكنـــا :ـ

وهذا الشـــرط لم يرد النص عليـــه فى عقد المقاولـة ولكـــن توجيـه القواعد العامـة فى التعاقـد وهى الواردة فى عجز المـــادة ١٣٢ مدنى مصرى التى تقضى بانه اذا كان محل الالتزام مســـتحيـلا فى ذاته كان العقد باطـلا فلايوجـد التزاماً بمســتحيل والاستحالــــة المبطلة للعقد هى الاستحالة المطلقة وليست الاستحالة النسبية فقــد

---

(١) انظر السنهورى ، الوسيط جـ٧ ، ص٧١ •

يلتزم المقاول بعمل فنى يكون مستحيلا عليه هو القيام به ولكنه لايستحيل على رجل آخر القيام به ، ونذكر مثالا للاستحالة المطلقة التى تبطل العقد فى المقاولة مثل التعاقد مع كميائى على استخلاص معادن نفيسة من معادن ثمينة فهذا واقع علمى مستحيل وهذا مايطلق عليه الفقه الاستحالة المادية المطلقة التى تمنع انعقاد عقد المقاولة أو الاستحالة الطبيعية (١) وقد تكون الاستحالة المطلقة قانونية أى تعزى الى سبب فى القانون كما هو الحال فى تعهد المحامى بالقيام بعمل نقض عن حكم لايجوز الطعن فيه بالنقض أو بعد فوات المواعيد القانونية للطعن بالنقض ويكون حكمها حكم الاستحالة الطبيعية يترتب عليها عدم انعقاد وذلك للاخلال بشرط من شروط المحل .

٣ـ أن يكون المحل مشروعا :

لقد نص المشرع اللبنانى صراحة فى المادة ٦٢٨ من قانون الموجبات اللبنانية على أنه " يكون باطلا على وجه مطلق أيضا كل اتفاق موضوعه :

أولا : الأمور المستحيلة ماديا .

ثانيا : تعليم الأعمال السحرية الخفية والأعمال المخالفة للقانون أو الآداب العامة أو النظام العام أو اجراء الأعمال المذكورة " .

---

(١) انظر السنهورى ، الوسيط جـ٧ ، ص٧٢ .

ومن ثم اذا كان المحل في عقد المقاولة غير مشروع بان كان مخالف للنظام العام أو الآداب العامة فان العقد يكون باطلا فاذا كان محله اقمة مبنى للدعارة أو للعب القمار أو تخزين المخدرات أوضح الأسلحة الكيماوية أو ارتكاب جريمة فان العقد يكون باطلا بطلانا معلقا (١) ومع ذلك فقد أجاز البعض فى الفقه الفرنسى (٢) الاتفاق على تهريب أسير من أسرى الحرب وقضى فى هذه الحالة بأنه يعتبر عقد مقاولة العقد الذى تبرمه زوجة الأسير فى الحرب مع شخص فى ألمانيا لتهريب زوجها الأسير ويعتبر الزوج الأسير فى هذه الحالة انه أجاز تعاقد زوجته ومن ثم يكون مسئولا معها بالتضامن عن الأجر الذى يتقاضاه المهرب .

---

(١) انظر للمؤلف مصادر الالتزام عام ١٩٩٦ ، ص٢٢٨ .

(٢) انظر بلانيول وربير فقرة ١١ ،ص١٥٠ هامش ٤ - نانسى ١٩٤٧/٣/٢٥ - ترتيب رباليه ١٩٤٧ .

المطلب الثاني

التراضى على الأجـــــــر

ماهية الأجــــــر :

ألمحنا سلفا أن من أخص خصائص عقد المقاولة أنه من عقـــود المعاوضة أي لابد فيه من الأجر مقابل العمل فيشترط بداهة أن تتجه ارادة المقاول الى تقاضى أجر مقابل العمل وأن نتيجة ارادةصاحـــب العمل بالاضافة الى ذلك الى دفع هذا الأجر فاذا اتجهت ارادة طرفيـــه الى أن يتم العمل مجانا بلا مقابل فان العقد لايكون مقاولة(١) ولكــن لايعتبر العقد مجانيا من مجرد عدم ذكر أجر العمل فيه وذلك لأنـــه يشترط توافر نية التبرع لاعتبار العقد مجانيا وهذه النية لاتعتبـــر فالأصل فى نطاق عقد المقاولة أن العمل يدخل فيه كركن ولم تجـــر العادة بالتبرع بمثل هذا العمل ومن ثم وجب أن يكون الأجرمعينـــا أو قابلا للتعيين من حيث جنسه ونوعه فالأصل فى الأجـــر أن يكـــون نقـــودا وقد يكون مقســـطا أو يدفع جملة واحـــدة عند تمام العمــــل أو عند البدء فيه(٢) ولكن لامانع من أن يكون الأجـــر شيئا آخـــــر غير النقود مثل الأسهم والسندات أو كمية بضائــــع أو منزل أو ســـيارة

---

(١) انظر / محمد لبيب شنب ، ص٦٤ .

(٢) انظر / بوتييه ، ص ٤٠٠ " الأجر يجب أن يكـــون نقـــودا والا كانت المقاولـــة عقــــد غير مســـمى " .

أو أى أشـــياء أخــرى عقاريـــة أو منقولـــة " بل يكون الأجـر عملا (١) كما لو تعاقـــد مخـــام مـع مقـاول علـــى أن يبنـــى له عقـــارا فى مقابـــل قيـــام المحـــامى فى كل الدعـاوى التـــى تقـــام ضـــده أو منـــه ويطلـــق الفقـــه علـــى هذه الصـــورة من صور الأجر " المقاولة مقايضـــة عمل بعمل " والواقـع التطبيقـى يؤكد غالبـــا أن يكون الأجر فى عقد المقاولـة نقدا وسوف نؤخـــر تفصيلا الى الحديث عن الأجـر عند بحـــث الالتزامات التى تقـــع على عاتق طرق عقد المقاولـة لاحقـــا .

تحديد الأجـــــر:

واجـه المشـرع المصـرى فى عجـز المادة ٦٥٨ مدنى تحديـد الأجـــر فجاء النص على أنه " اذا لم يحدد الأجر سلفا وجب الرجـوع فى تحديده الى قيمة العمل ونفقات المقاول " يتضح من هذا النـــص أن المشرع لم يشـترط أن يكون الأجـر منصوصا عليه فى العقد بـــل اكتفى بالا يختلف طرفاه على تحديد عقد التعاقد ومن ثم يمكن القـــول كما ذهب الفقه. (٢) الى أن تحديد الأجر يمكن أن يكون بالاتفـــاق أو بنص القانون وسوف نعرض فيما يلى لهاتين الطريقتين لتحديـــد الأجـــر كما يلى :-

---

(١) انظر / محمد لبيب شنب، ص٦٥ نبذه ٥٤٥ .

أولا : التحديد الاتفاقي للأجر :

لما كان عقد المقاولة من العقود الرضائية كما سبق الحديث عنه فانه يجوز للمتعاقدين التراضي على تحديد المقابل " الأجر في المقاولة " والذى غالبا مايكون هو مبلغا نقديا وهذا التحديد أما أن يكون صراحة في العقد أو بصورة ضمنية كما لو اتضح من ظروف وملابسات التعاقد أن طرفيه يعتمدان الأجر المتداول في عرف المهنة ويتحدد هذا الاتفاق سواء كان صراحة أو ضمنيا باحدى صورتين :ـ

١ـ الصورة الأولى : التحديد الجزاف .

يقصد بالتحديد الجزافي للأجر أى المقابل الأجمالي لكل الأعمال التى يقوم بها المقاول دون تحديد الأجر اجمالى كما لو التزم المقاول بتشييد منزلا طبقا للأوصاف المتفق عليها في مقابل مائة ألف جنيه وفي نطاق هذا العقد يلتزم صاحب العمل بالأجر المتفق عليه دون نقص أو زيادة بصرف النظر عن الوقت والجهد الذى قام به المقاول دون اعتداد بما يطرأ من حوادث تجعل التنفيذ صعبا أو أكثر تلفة .

ب) الصورة الثانية : التحديد على أساس وحدة القياس :ـ

وتفصيل هذه الصورة يكون في حالة الالتزام باقامة فندق أو مدرسة أو مسرح فيتم تعيين الأعمال المطلوبة من المقاول ثم يحدد نوع كل عمل من هذه الأعمال ومقايسة العمل بتحديد سعر المنزل من

المبانى أو اعمال التجارة أو السباكة أو الكهرباء وكذلك الحال في حالة ما اذا كان العمل المراد القيام به هو تصميم لبناء من مهندس معمارى (١) فأجر المهندس يتحدد على أساس نسبة معينة من التكاليف الفعلية للمبانى ويتم التصفية بعد اتمام البناء .

ثانيا : التحديد القانوني :ـ

بعد العرف السابق يتضح لنا انه اذا لم يذكر الأجر فى العقد ولم يتفق عليه صراحة أو ضمنا ولم يوجد بالعقد مايسمح بتحديد هذا الأجر مستقبلا فان عقد المقاولة لاينعقد مطلقا وتثور هنا مشكلة هامة حول الأجر الذى يلتزم صاحب العمل بالوفاء به وهذا يستوقف النظر أو أن هناك اختلافات بين تقدير صاحب العمل الذى يرى الأجر مبالغ فيه والمقاول الذى يرى أن الأجر الذى يطالب به هو المطلوب تحقيقه ومن هنا تدخل المشرع المصرى فى المادة ٦٥٩مدنى ووضع عنصرين يجب مراعاتهما عند الاختلاف حول تحديد الأجر وهما كما جاء النص عليهما "... يرجع الى قيمة العمل ونفقات المقاول" ثم جاز فى المادة ١/٦٦٠ وأوجب الرجوع الى العرف (٢) فى حالة الخلاف حول تقدير أجر المهندس المعمارى وتكون المحكمة المختصة بهذا التحديد المحكمة الجزئية المختصة اعمالا للمادة ٤٣ من قانون

---

(١) انظر /محمد ناجي ياقوت المسئولية المدنية للمهندس والمقاول المعمارى عام ١٩٨٨ ، ص٢٢٨ .

(٢) أنظر لائحة شعبة الهندسة المعمارية للألعاب تقسم الاعمال الى أربعة فئات حسب أهميتها .

المرافعات المدنية والتجارية فى فقرتها الرابعة.(١)

ومن ثم يجب على قاضى الموضوع مراعاة العناصر الآتية عن تحديد الأجر :ـ

أ) طبيعة وكمية العمل :

فهذا تقدير واقعى من قاضى الموضوع فليس العمل الصعب المعقد مثل العمل البسيط الواضح فالأول لابد أن يتعرض فيه المقاول لصعوبات مما يكون تحديدا أجره أعلى من الثانى أو المهندس القائم بالنسبة فليس المهندس المصمم فالأول يستحق أجرا أكبر من الثانى .

ب) نفقات المقاولة :

الأمر الذى لامراء فيه أن الأعمال هى التى تحدد الأجر المقابل له فاذا كانت المقاولة بناء فانه يتطلب مواد بناء وعمالة وأجور فيراعى عند تحديد الأجر مقابل العمل هذه النفقات ومقدار ماتم صراحة فيها .

جـ) زمن ومكان العمل :

فالذى يعمل صيفا فى الحر الشديد أو فى الصحراء لايقبل

---

(١) أنظر التعديل التشريعى للمادة ٤٣ مرافعات بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ وجعل محكمة المواد الجزئية بالحكم ابتدائيا مهما كانت قيمة الدعوى بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

مطلقا أن يكون أجره مثل اجر الذى يعمل فى مناطق آهله بالسكان وذات جو رطب فالقاضى يراعى ظروف ملابسات القيام لتحديد الأجر .

وفيما يتعلق بالمحامى الذى يبرم مع موكله عقد مقاولة ولم يتم الاتفاق كتابة على ذلك لتحديد الأجر المسئول له فان قانون المحاماه تكفل بطريق يتعين اتباعه وهو استصدار أمر بتقدير الأتعاب من النقابة المختصة واذا لجأ الى محكمة المواد الجزئية فانه يقضى بعدم قبول الطلب لعدم ولوج الطريق الذى رسمه المشرع فى المادة ٤٤ من القانون ١٧ سنة ١٩٨١ فى شأن ممارسة مهنة المحاماه وفى حالة المهندس المعمارى عالج المشرع ذلك فى المادة ١/٦٦٠ مدنى بمراعاة العرف الجارى باقى مصر والذى يوجب حصوله على ٢ ٪ من تكاليف البناء فى مقابل التصميم وعمل المقايسة ، ٣٪ مقابل ادارة العمل

المبحـــــــث الثالـــــــث

عـدم وجـود نـــص يحـــرم المقاولـــــة

النص التشريعي :ـ

جاء النص فى المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية ١٢٠٣ لسنة ١٩٦١ " لا يجوز الا بقرار من رئيس الجمهورية للحكومة بالؤسسات العامة والشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة ٢٥٠/٠ من رأس المال أن تعهد باعمال المقاولات والاشغال العلمية الا الى الشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة لا تقل عن ٥٠٠/٠ مــن رأس المال مالها ولا يسرى هذا الخطر بالنسبة للاعمال التى لا تزيد قيمتها على مائه ألف ضمن بشرط عدم تجزئه العمليات وعلى ألا يزيد مجموع مــا يعهد به من هذه العمليات الى مقاول واحد فى السنة على ما قيمة مائـه ألف جنيه سواء عهد اليه بها من جهة واحدة أو اكثر من الجهات الــواردة فى الفقرة الأولى " .

بأعمال النظر فى هذا السياق التشريعى سالف الذكر أن هذا النص يقســم أهلية وجوب المقاول الى نوعين :ـ

النوع الأول :ـ مقاول القطاع العام (١) .

---

(١) أنظر التعديل التشريعى لقانون القطاع العام بالقانون ٢٠٣ لسنه ١٩٩٢ فى شأن قطاع الاعمال .

يثور التساؤل حول من هم مقاولوا القطاع العام من النص سالف الذكــــر نستنبط ان مقاولوا القطاع العام هم الشركات والمؤسسات التى تساهـــــم الحكومة أو المؤسسات العلمية فى راى مالها لا تقل عن ٥٠٪ وهؤلاء خول لهم المشرع فى النص سالف الذكر اهلية كامله لابرام عقود المقــاولات والأشغال العامة مهما كانت قيمتها سواء كانت منفردة ام مجتمعة (١) .

النوع الثاني :ــ مقاول القطاع الخاص :ــ

لقد افصح المشرع فى النص سالف الذكر عن تحديد اهلية وجـــوب مقاولوا القطاع الخاص بانه لا يجوز ان يعهد اليهم بعمليات تزيد فـــــى السنة الواحدة على مائه الف جنيه الا بقرار من رئيس الجمهورية سواء عهد بالعمل اليهم جهة واحدة ام تعددت الجهات وايذاء التحايل الذى قد يتم حول هذا الاتفــاق ، والتحديد من اهلية وجوب المقاول الخاص منع المشرع تجزئه العمليات التى تزيد على مائه الف جنيه .

ولما كان هذا النص تشريعى ومنظم لقواعد عامة متعلق بالمصالـــح العليا الاساسية للبلاد من الناحية الاقتصادية فان مخالفة هذا التشريـــع يجعل العقد باطل بطلانــــا مطلقـــــا .

---

(١) أنظر د/ محمد لبيب شنب ، ص ٧٨ .

المبحث الثانـــي

شـــروط صحـــة عقـــد المقاولـــــة

تمهيـــــــــد :

يعتبـــر عقد المقاولة مثل باقي العقـود المسماه الأخـــرى صحيحـــا اذا كان صادرا عن ذى أهلية قانونيـــة عند ابرامه ٠ وكـان الرضـاء الصادر عن طرفيـــه سليمـــا خاليـــا من العيوب ٠ ومـــن ثم لابـــد هنا من استعراض أحكام أهليـــة طرفـــى عقد المقاولـــــة ثم تتبع ذلك بالحديث عن سلامـة الرضـــــاء فى عقد المقاولـــــــة وذلك فى مطلبين على النحو التالى :ــ

المطلـــــــب الاول

اهليـــة طرفـــى المقاولـــة

١ ـ أهلية صاحب العمل :ـ

تختلف الأهلية المطلوبة فى صاحب العمل طبقا لطبيعة العمـل الذى يقوم باسناده الى المقاول فاذا كان العمل من اعمال التصرف فـان صاحب العمل لابد ان يكون بالغا رشيد ان يكون بالغا من العمر احدى وعشرين عاما خاليا من عيوب وعوارض الاهلية فلا يملك النائب عن القاصـر او المحجور عليه مثل الولي والوصى والقيم ان ينوب عن الموضوع تحـت سيطرته فى ابرام عقد مقاولة الا بالحصول على اذن بذلك من محكمـة الاحوال الشخصية للولاية على المال حسب الاحوال واذا كانت المقاولـة من اعمال الادارة كالعقد الذى يبرم مع تجار أو ترزى لصنع او الثياب فانها تعتبر عقود ادارة فلا يشترط ان يكون صاحب العمل بالغـا رشيدا ويجوز لنائب القاصر أو المحجور عليه دون اذن المحكمة أن يبرم عقد المقاولة لطلب عن القاصر والمحجور عليه ولكن اذا كان محل المقاولة وضع شئ جديد ارادة فالتحسينات عليه فانها لا تعتبر اعمال ادارة بل من اعمال التصرف وتتطلب أن يكون صاحب العمل بالغا رشيدا وفى حالة النيابة عـن المحجور عليه يتطلب الحصول على اذن بذلك كما سبق القول من المحكمة المختصة قانونا (١) .

---

(١) انظر المواد : ٥٥،٥٦،٥٧ من ق ١١٩ لسنه ١٩٥ فى شـان الولاية على المال .

اهليــــة المقـــاول :ــ

بادىء ذى بـــدء ننـــوه الـي أن عمـل المقاول لايعتبـر من أعمـال التصرف ، بل من الاعمـــال الدائـــرة بين النفـــع والضــرر (١) . فالمقاول يعرض نفســـه للكسب والخســارة والمسئولية في حالـــة الاضـرار بالغيـــر • ومن ثـم يجب ان يكــــون بالغـــا رشـــيدا ولايصـح ذلك للقاصر والمحجور عليـه ، وان فعل ذلك فان العقد يكون قابلا للابطـــال لمصلحته • ويقــــاس عقد المقاولة علي عقــد العمـــل الذى ورد في شانه النص الصريــــح في المـادة ٦٢ من القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ التي تنص على انــــه " للقاصر ان يبرم عقـد العمـــل الفردى وفقـــا لاحكام هـــــذا القانون ، وللمحكمـة بنـــاء علي طلـــب الوصي او ذوى الشـــأن انهــــاء العقـــد رعايـة للقاصــر أو لمصلحة آخــرى ظاهرة" •

علي انه اذا كان المقاول صانعـــا صغيـرا أو نجـــــارا أو حدادا أو سباكا ، فانه يمكن القول انه يستطيع أن يكسب عيشـــه من هذه الصنعــــة أو الحرفـــــة • ومن ثم يكون له اهلية ابـــرام عقد المقاولــــة الداخل في نطـــاق هذه الحرفـة أو المهنة (٢) .

---

(١) انظر د• / لبيب شنب ، ص ٨٣ ــ السنهورى ص ٦٣ •
(٢) انظر السنهورى ، الوسيط جـ ٧ طبعة نادى القضاة عام ١٩٨٩، ص ٦٤ •

المطلب الثاني

عيوب التراضي في عقد المقاولة

عقد المقاولة كباقي العقود الاخرى ، لابد أن يكون فيه التراضي سليما خاليا من العيوب التي تشوب الرضاء مثل الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال .. غير أن هناك حالات أظهرها الواقع التطبيقي في المجال العملي تدور حول الغلط في شخص المقاول . والغلط في الحساب . ونظرا لاهمية هذه الحالات في وضع الحلول الشافية عند انهاء المنازعة حول عيوب الرضا في عقد المقاولة سوف نعرض لها تفصيلا كما يلي :-

أ - الغلط في شخص المقاول :-

نص المشرع علي أحوال معينة يكون فيا لشخصية المقاول اعتبار ملحوظ في نظر صاحب العمل ، ومن هذه الاحوال ماجاء النص عليه في المادة ١/٦٦١ مدني مصرى : " يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملته او في جزء منه الي مقاول من الباطن اذا لم يمنعه نلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تعرض الاعتماد علي كفاية الشخصية " .

وفي نص المادة ٦٦٦ مدني " ينقضي عقد المقاولة بموت المقاول اذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في العقد".

ولكن لايتوقف الامر علي هاتين الحالتين الواردتين في عجز النص، بل في معظم عقود المقاولة بين أصحاب المهن الحرة مثل المحامي - الطبيب - المحاسب - المهندس المعماري ، وبين صاحب العمل ، تكون لشخصية المقاول فيها اعتبار ملحوظ ، فعندما يختار العميل أو المريض المحامي أو الطبيب أو المهندس ، فلا شك في الامر انه من اختياره يعتمد علي كفاءة الطبيب أو المهندس أو المحاسب . ومن ثم اذا كان هناك غلط في شخص المقاول يكون الغلط سبب في قابلية العقد للابطال[1].

ب - الغلط في الحساب :-

طبقا للقواعد العامة ليس للغلط في الحساب أو غلطات القلم تأثير علي صحة العقد وانما يجب تصحيح هذا الغلط الحسابي.

ومع ذلك فان الغلط في عقد المقاولة ينقسم الي قسمين :-

---

(١) انظر د. / السنهوري ، جـ ٧ ، ص ٦٨ .

يتناول الأول : الغلط الحسابي في المقايسة التي يقدمها المقاول ، كأن يذكر المقاول سعر المتر المكعب في عملية التشييد أو الترميم ، ثم عدد الأمتار ، وعندما يقوم بعملية الجمع الحسابي يحدث غلط في الحساب . قد يكون صاعدا أو هابطا ، أي لمصلحة أو ضد صاحب العمل . فهنا يثور التساؤل هل هذا الغلط الحسابي يمنع انعقاد العقد ويكون قابلا للابطال للغلط في الحساب ؟ .

تؤكد القواعد العامة أن الغلط المذكور ، لاتؤثر على عقد المقاولة ، وانما يصح الغلط ويتم رفعه إلى الرقم الصحيح .

ويتناول القسم الثاني : غلط القلم الذي يحدث في المقايسة ، كأن ينقل رقم من صفحة الى صفحة أخرى مغلوط ، فهنا يصحح الغلط ويعتد بالرقم الصحيح . ومما يجدر الاشارة اليه في هذا المقام أن طلب اعادة عمل حساب المقاول من جديد بعد عمل المقايسة والحساب النهائي فانه غير جائز (١) . وقضت محكمة النقض المصرية

---

(١) أنظر : د. / السنهوري ، الوسيط ، جـ ٧ ، ص ٦٨ .

تأييــــدا لذلك الاتجاه (١) " بأن الخطــأ فى ذات الأرقــــــام المثبتــــه بحســـاب المقاول يجوز تصحيحـــه متى كان هذا الغلــط ظاهـــرا فى الأرقـــام الثانيـــة فى كشـــف الحساب المعتمـــده من قبل ، أو متى كانت أرقـــام هذا الكشـــف قد نقلت خطأ مــــن ورقـــة الى أخرى معترف بهـــا ، أو كانت غير مطابقـة لأرقـــام أخرى ثابتـــه قانونـــا . أمـا طلب إعادة عمل حساب المقـــاول من جديـــد فانـــه أمـــر يرفضـــه القانون لأن عمل المقايســـــه والحساب النهائــــى متفق عليه فى أصـــل العقد ، وقد تم التوقيـــع باعتمـــاده .

وتنقضى مسئوليـــة كل منهمـــا .. وهذا أمـــر توجيـــه الضـــرورة طبقـــا للقواعـــد الأصليـــة التى تمنـــع تقاضـــى الالتـــزام مرتيــــن " .

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى ١٩٥٢/١١/٧ ، الطعن رقـــــم ٢٩٧ ، ص ٩٢٣ ، مجموعـــة جـ ١ .

المطلب الثالث

اثبات عقد المقاولة

القاعدة العامة :

نص المشرع في قانون الاثبات ٢٥ لسنة ١٩٦٦ في المادة ١/٦٠ منه " في غير المواد التجارية اذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على مائة جنيه أو كان غير محدد القيمة فلاتجوز شهادة الشهود في اثبات وجوده أو انقضاؤه مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك ...الخ النص " ، وحيث أن المشرع المصري في باب القواعد العامة اعتبارا من المادة ٦٤٦ مدني حتى ٦٧٦ مدني لم يفرض قواعد لاثبات عقد المقاولة ومن ثم ياته لامفر من اللجوء الى القواعد العامة في قانون الاثبات المدني المصري الواردة في الباب الثالث والخاصة بالمبدأ العام في اثبات التصرفات المدنية التي تزيد قيمتها على مائة جنيه أو كانت غير محددة القيمة ومبدأ الثبوت بالكتابة الوارد في المادة ٦٢ من ذات الباب الثالث[1] ومن ثم اذا كان انعقاد المقاولة أو شرط من شروطها محل نزاع فانه يقع على عاتق من يتمسك بذلك عبء اثبات مايدعيه فاذا كانت المقاولة ذات طابع مدني بالنسبة للمدى عليه فانه طبقا للقواعد السابقة لايجوز اثباتها

(١) انظر د/ محمد لبيب شنب ، ص٨٢ .

بالشهادة أو القرائن الا اذا كانت قيمة العقد تقل عن مائة جنيه أما اذا زادت عن النصاب فيجب الاثبات بالكتابة أو مايقوم مقامها من اقرار أو يمين ومع ذلك يجوز الاثبات بالبينة رغم زيادة النصاب على النحو السالف ذكره اذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة اعمالا لنص المادة ٦٢ اثبات ويعتبر هناك مبدأ ثبوت بالكتابة اذا وجدت كتابة من أحد الخصوم تجعل الحق المتنازع عليه قريب الاحتمال وكذلك الحال يجوز الاثبات بالشهادة والقرائن فيما كان يجوز اثباته بالكتابة اذا وجد مانع معنوى أو مادى يحول دون الحصول على دليل كتابى طبقا للمادة ١/٦٣ اثبات مصرى وقد استقر الفقه واحكام القضاء (١) على أنه يعتبر من قبيل المانع الأدبى ماجرى به العرف فى بعض المهن مثل الطبيب فان هناك مانع أو عبء يجعله يحرر أتعابه فى عقد بينه وبين عميله وكذلك المحامى أو المحاسب وذلك لسريان التعامل بين الطبيب والمريض والعميل والمحامى والمحاسب بالوصف المتداول فى عدم اثبات الاتفاق

---

(١) انظر السنهورى الوسيط جـ٧ ، ص٦٩ السين الجزئية ١٩٥٩/١٠/١٩ واللوز ١٩٦٠ باريس ١٩٣/٥/٥ استئناف مختلط ١٩٢٩/٣/٢٨ ببيان ٤١_٣٢٦ .

في كتابة وليس هذا الوحيد في الوصف عندحدوث المانع الأدبي فقد ترجع العلاقة الأدبية المانعة من الاثبات الكتابي الى علاقة القرابة أو الزوجية وفي كل الأحوال فان قاضي الموضوع له السلطة التقديرية في تقدير وجود مانع أدبي من عدمه. (١)

أما اذا كان عقد المقاولة ذات طابع تجاري بالنسبة للمدعى عليه فانه لاتطبق القواعد العامة سالفة الذكر وانما يجوز اثبات العقد بكافة طرق الاثبات القانونية بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن حتى ولو كانت هناك تجاوز لقاعدة النصاب أى كان التصرف التجاري تزيد قيمته على مائة جنيه .

(١) انظر للمؤلف الوجيز قانون الاثبات ١٩٩٦، ص١١٨-١١٩ .

الفصل الثالث

آثار عقد المقاولة

تمهيد :

لما كان عقد المقاولة من العقود الملزمة للجانبين أى أن كل طرف فى العقد ملقى على عاتقه التزام مقابل فى ذمة الطرف الآخر التزامات مقابل له :

ومن ثم وكان طرفا عقد المقاولة هما المقاول وصاحب العمل فانه يتعين بحث الالتزامات المتقابلة على عاتق كل منهما فى مبحث خاص يتناول المبحث الأول الالتزامات التى تقع على عاتق المقاول . ثم يتناول المبحث الثانى : الالتزامات التى تقع على عاتق صاحب العمل .

المبحث الأول

الالتزامات التى تقع على عاتق المقاول

تمهيد :-

يوكل الى المقاول بتنفيذ العملية محل عقد المقاولة وأن هذا الالتزام يتفرع عنه التزامات أخرى بتناول قيام المقاول بتنفيذ العمل المطلوب وانجازه ومقدار العناية المطلوبة لتنفيذ هذا الالتزام وبعد الانتهاء من تنفيذ العمل يتعين عليه وجوبا تسليم هذا العمل لصاحب العمل ولايقف الأمر عند هذا الحد بل عليه ضمان لحسن أداء العمل قدرة المشرع فى نطاق زمن معين عشر سنوات ومن ثم تأتى دراستنا هذا المبحث منقسمة الى ثلاث مطالب رئيسية على النحو التالى :-

المطلب الأول

القيام بتنفيذ العمل المطلوب في عقد المقاولة

أولا : قيام المقاول بتنفيذ العمل بنفسه :-

يتم الاتفاق بين صاحب العمل والمقاول في غالب الأحوال على قيام المقاول بنفسه نظرا لاعتبارات الثقة والكفاءة والأمانة فى القيام بالأعمال محل العقد كما هو الحال فى مقاولات البناء ومقاولات المهن الحرة ومن ثم يجب على المقاول انجاز العمل (١) بالطريقة المتفق عليها والشروط الواردة بعقد المقاولة فاذا لم تكن هناك شروط يتعين الالتزام بها فانه يجب اتباع قواعد عرف المهنة أو الحرة وأصول الصنعة أو الفن الذى يقوم به المقاول .

واذا احتاج المقاول فى انجازه للعمل الى أدوات ومهمات سواء كان للعمل مادة تستخدم فيه أم لا فأدوات العمل ومهماته مثل آلات البناء ومعداته أو أدوات الجراحة أو بطانة الثوب فكل أدوات ومهمات لازمة لانجاز العمل . ولايقصد المقاول بنفسه بتنفيذ مهام العمل القيام بيده منفردا وانما قد يحتاج الى معاونيه له مثل العمال والمهندس والفنيين فى مقاولات البناء . فكل هؤلاء تابعون له ومسئول عنهم مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة على النحو الوارد فى المادة ١٧٤ مدنى واذا خالف المقاول هذه الشروط والمواصفات الواردة

---

(١) انظر السنهورى ، ص٨٠ محمد كامل مرسى ، ص٩٢ العقود المسماه نبذه ٦١ .

بالعقد كل مخلا بالتزامه ويطبق عليه الجزاء[١] دون حاجة الى اثبات الخطأ لأن مجرد مخالفة الشروط والمواصفات هو الخطأ نفسه ولايستطيع المقاول التخلص من هذه المسئولية الا باثبات السبب الأجنبى الذى يكون القوة القاهرة الحادث المفاجئ وفعل الغير.

ولكن يثور التساؤل حول ماهية العناية المطلوبة واللازمة لانجاز العمل. يتوقف للاجابة على هذا التساؤل الوقوف على نوع العناية هل هى التزام بتحقيق نتيجة أم التزام يبدل العناية ؟

فاذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة معينة كما هو الحال فى مقاولات الترميم وصناعة الأساس والملابس أو رسم لوحة فنية فان العمل المطلوب لايتم الا بتحقيقه وبتحقيق النتيجة فلا يكفى بذل العناية المعتادة أو الممكنة ولاتنتفى مسئولية المقاول الا باثبات ان عدم تحقيق هذه النتيجة يعزى الى السبب الأجنبى .

أما اذا كان الالتزام هو بذل عناية كما هو الحال فى عمل المحامى أو المحاسب فان العناية المطلوبة هى بذل عناية الشخص المعتاد فى انجاز العمل المطلوب منه وهذا محض تطبيق لما ورد فى نص المادة ٢١١ مدنى مصرى " فى الالتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشى أو أن يقوم

---

(١) انظر د/ لبيب شنب، ص٩٠ فقرة ٧٠ عكس ذلك دج بساج ، ص ٩٠٧ .

بادارته أو أن يتوخى الحيطة فى تنفيذه فان المدين يكون قد أوفى بالالتزام اذا بذل فى تنفيذه من العناية كل مايبذله الشخص العادى ولو لم يتحقق الغرض المقصود. (١)

جزاء عدم انجاز العمل فى الوقت المحدد : التأخير فى الانجاز :—

يتعين على المقاول اتمام العمل محل العقد فى المدة الاتفاقية بالعقد واذا لم يكن هناك اتفاق على ذلك فانه يجب عليه اتمامه فى المدة المعقولة التى تسمح بانجازه نظرا لطبيعته ومقداره (٢) وما يوجبه عرفة المهنة أو الحرفة وهذا التزام بتحقيق غاية وليس بذل عناية فلايعفى المقاول من مسئولية التأخير الا باثبات السبب الأجنبى وهو القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو نقل الغير وهذا مشروط بألا يكون ذلك مسبوقا بخطأ من المقاول لانه يسأل بقدر هذا الخطأ ومن ثم لامحل لاعذار المقاول فى حالة التأخير عن احكام البناء فى الوقت الكافى المحدد اذا كان صاحب العمل قد تأخر فى حصوله على ترخيص اقامة البناء (٣) وحاصل القول أن المقاول تكون مسئولية قوامها الخطأ المفترض وهى مسئولية عقدية ولايمكن الخلاص منها الا باثبات السبب الأجنبى .

---

(١) أنظر /أنيكلو بيدى فى اللوز ٣— نقض فرنسى ١٩٨٣/٧/٣ واللوز ٩٣—١—٥٩٤ .

(٢) انظر نقض مدنى مصرى ١٩٧٢/٦/١ السنة ٢٣ مجموعة أحكام النقض ص ١٠٦٢ .

جزاء الاخلال بالالتزام بانجاز العمل :ـ

مقتضى القواعد العامة فى تنفيذ الالتزام الواردة فى المواد من ١٩٩ حتى ٢١٤ مدنى مصرى أن ينفذ الالتزام جبرا على المدين ولا مجال لهذا التنفيذ الجبرى الا بعد اعذار المدين بذلك على تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا واذا استحال تنفيذ الالتزام عينا حكم على المدين بالتعويض(١) وبتطبيق هذه القواعد سالفة الذكر على الاخلال بتنفيذ العمل فى عقد المقاولة نجد أنه اذ أخل المقاول بالتزامه فخالف الشروط والمواصفات الواردة بهذا العقد أو لم يبذل عناية الشخص المعتاد والأصول السابقة فان صاحب العمل له أما أن يطلب التنفيذ العينى أو يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له موجب اعمالا للمادة ١٥٧ مدنى وذلك بشرط بأن يسبقه اعذار طبقا للمادتين ٢١٩ ، ٢٢٠ مدنى مصرى .

فيجوز لصاحب العمل اذا كان التنفيذ العينى لازال ممكنا وكان لشخص المقاول اعتبار ملحوظ أن يلجأ لطلب توقيع الغرامة التهديدية(٢) . واذا استحال التنفيذ العينى أو كان غير ممكنا

---

(١) أنظر المادة ٢١٥ مدنى .

(٢) أنظر د/ اسماعيل غانم أحكام الالتزام ١٩٧٣ ، ص١٠٢ ـ عبدالجواد يحيى ، ص١٩٨ ـ محمود جمال الدين الى عام ١٩٧٢ ص٢٩٨ حمدى عبد الرحمن أحكام الالتزام عام ١٩٩٣ ، ص١١٩ للمؤلف أحكام الالتزام ١٩٩٦ ، ص٢٢٣ .

فان صاحب العمل يلجأ الى قواعد الفسخ مع التعويض وللقاضى عندئذ سلطة تقديرية فى أعمال قواعد الفسخ فقد يقوم مباشرة بالفسخ وقد يعطى المقاول مهلة لتنفيذ الالتزام ومن صور التعويض مع الفسخ كما يذهب البعض (١) أن يترك صاحب العمل الشئ المصنوع للمقاول اذا كان قد أخل بالشروط والمواصفات فلايقبله منه ولايعطيه أجرا على ذلك بل يسترد منه قيمة المادة اذا كان هو الذى قدمها مع تعويض عما أن يكون قد أصابه من ضرر آخر وقد يكون هناك شرط جزائى متفق عليه فتسرى أحكامه ويجوز تحقيقه الى مقدار ماتحقق من الضرر كما يجوز الاعفاء منه اذا لم يقع الضرر أصلا والخيار هنا لصاحب العمل فقط دون المقاول ولاينتظر صاحب العمل نهاية المدة حتى يستخدم هذه الحقوق سالفة الذكر بل له من بداية المدة اذا ترائى له أن المقاول يقوم بتنفيذ العمل على وجه مخالف لشروط العقد أوأنه تأخر عند البدء فى التنفيذ بحيث لايمكن والحال كذلك انجاز العمل فى الوقت المطلوب استعمال الوسائل الكفيلة التى تحافظ على حقوقه وهذا ما أكد عليه المشرع بالنص فى المادة ٦٥٠ مدنى " اذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معين أو مناف للعقد جاز لرب العمل أن ينذره بأن يعدل من طريقته خلال أجل معقول بعينه فاذا أنقضى الأجل دون أن يرجع المقاول الى الطريقة

---

(١) أنظر / السنهورى الوسيط جـ٧ ، ص١٠٢

الضحيحة جاز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد وأما أن يعهدبالعمل الى مقاول آخر بانجاز العمل على نفقة الأول طبقا للمادة ٢٠٩ " .

ثانيا : قيام المقاول بتنفيذ العمل بواسطة الغير :-

المقاول من الباطن لما كان عقد المقاولة لايقوم بحسب الأصل على أعتبارات شخصية فى المقاولة فمن ثم يجوز له أن بكل تنفيذ العمل كله أو جزء منه الى الغير " مقاول من الباطن " وأشارت الى ذلك المادة ٦٦١ مدنى مصرى " يجوز للمقاول ان بكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه الى مقاول من الباطن اذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفرض الاعتماد على كفايته الشخصية " .

وبامعان النظر فى هذا النص نجد أن الأصل هو اباحة المقاولة من الباطن والاستثناء هو المنع ومصدر هذا المنع اما شرط فى عقد المقاولة الأصلية وأما طبيعة العمل اذا كان يعتمد على كفاءة المدين الشخصية ولايكفى أن تكون شخصية المقاول محل اعتبار وانما يجب أن تكون طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفائته الشخصية(١) وفى فرنسا صدر القانون ١٣٣٤٤ فى ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ وأكد على المقاولة من الباطن وأنه يجب أن يحصل المقاول الأصلى على موافقة صاحب العمل على المقاولة من الباطن وعلى شروط الدفع الواردة فى

---

(١) انظر د/مصطفى الجارحى عقد المقاولة من الباطن دراسة مقارنة عام ١٩٨٨ ، ص٣٢ .

عقد المقاولة من الباطن وذهب البعض فى الفقه الفرنسى [١] الى أنه يجوز للمقاول من الباطن أن يتناول من الباطن مرة أخرى هذه المقاولة الا اذا منعه من ذلك شرط فى العقد .

ومن ثم يتعين على المقاول من الباطن انجاز العمل طبقا للمادة ٦٥٠ مدنى والتى تنص بأن المقاول يلتزم بأن يقوم بتنفيذ العمل على وجه غير مناف للعقد والعبرة هى بعقد المقاولة من الباطن وليس فى هذا اهدار لقيمة العقد الأصلى لأن عقد المقاولة من الباطن لايجوز له مخالفة الشروط الرئيسية للعقد الأصلى والا كان هنا اختلافا فى المحل [٢] . ولكن يثور التساؤل عندئذ من الذى يلتزم باحضار الأدوات والمواد المهمات اللازمة لانجاز العمل فى عقد المقاولة من الباطن ؟ الاجابة ليست واحدة وانما يختلف الأمر ففيما يتعلق بالمواد اللازمة نجد أن المادة ٦٤٨ مدنى " يكون على صاحب العمل تقديمها ولو لم يتعهد بذلك صراحة فى العقد ولم يرد مايخالفه ولايتحمل المقاول تقديم المواد الا اذا كان هناك اتفاق صريح على ذلك وهذه الأحكام تسرى على العلاقة بين المقاول الأصلى وصاحب العمل أو المقاول الأصلى والمقاول من الباطن . أما فيما يتعلق بالأدوات والمهمات اللازمة لانجاز العمل فهى على خلاف المواد فيقع على المقاول التزام باحضار اللازم لانجاز العمل مالم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك أو جرى العرف على غير ذلك

---

(١) انظر /تبريه نبذه ١٨٠ هامش ٣٢٧ .

(٢) انظر د/ مصطفى الجارحى المرجع السابق ، ص ٤٦ .

واذا كانت الأدوات والمهمات مقدمة من صاحب العمل الى المقاول الأصلى بأنه يلتزم بأن يسلمها بذاتها الى المقاول من الباطن ومن ثم يلتزم المقاول من الباطن بتنفيذ العمل على وجه غير مناف للعقد وللمقاول الأصلى أن ينذره أثناء تنفيذ العمل بأن يعدل من طريقة التنفيذ المعيبة وعليه أن يحدد أجلا معقولا حتى يعود الى الطريقة الصحيحة (١)، وتختلف العناية المطلوبة لانجاز العمل من المقاول من الباطن بحسب طبيعة عقد المقاولة ففى مجال المقاولات للبناء والترميم والصيانة فالعناية المطلوبة هى تحقيق نتيجة وفى مجال المهن الحرة فان العناية المطلوبة هى بذل عناية. (٢)

ويقوم المقاول من الباطن بالعمل مستقلا عن المقاول الأصلى وله الحرية الكاملة فى تنظيم العمل وله الاستعانة بعمال بمعرفته وله أن ينفذ العمل على مراحل طالما أن عرف المهنة بموجب ذلك. (٣)

واذا مات المقاول الأصلى فانه لايؤدى الى انقضاء عقد المقاولة من الباطن اذ أنه كلما قلنا أن يلعب دور صاحب العمل الا أنه اذا راعينا أن يحتفظ بصفته مقاول علاقته الأصلية وأن موته قد يؤدى الى انقضاء العقد الأصلى من الباطن بالتبعية ولكن تتحدد حقوق العمال على أساس المادة ٦٧٧ مدنى فالنص صريح فى قصر الحقوق على تركة المقاول وبالتالى فلا محل للاستناد اليها لتحديد حقوق المقاول من الباطن وبعد تمام التنفيذ فعدم

---

(١) أنظر د/محمود جمال الدين زكى مشكلات المسئولية المدنية، ص٣٧١
(٢) أنظر د/مصطفى الجارحي المرجع السابق ، ص٥١

المقاول من الباطن بتسليم العمل المطلوب منه ويجوز للمقاول من الباطن الامتناع عن التسليم على الرغم من اعداده اذا تمسك بحق الحبس لاستيفاء حقوقه المستحقة وخصوصا الاجرة وذهب البعض فى الفقه المصرى الى أن التسليم له أثر مبرئ بالنسبة للعيوب الظاهرة اذا كان المقاول الاصلى لم يورد بشأنها أى تحفظات (١) وهذا حكم مستخلص من القواعد العامة فى عقد البيع اذ لم يرد بشأنه فى عقد المقاولة فسقوط الضمان يعد من المبادئ العامة ظالما أن الدائن أقر بأن العمل يسلم فهذا يعنى ضمنا أن الدائن تنازل عن حقه فى الضمان بينما يذهب البعض الاخر الى أن براءة ذمة المدين من الضمان تترتب بقوة القانون بصرف النظر عن الارادة ونرى أن الاتجاه الاول هو الراجح فى نظرنا وخاصة أنه لم يوجد به ما يخالف القواعد العامه وحاصل القول أنه يجوز الاتفاق على انقضاء الالتزام بضمان سلامة وبضمان العيوب الخفيه بتسليم المقاول الاصلى (٢) ولنا عودة تفصيلية عند الحديث عن الالتزام بالضمان العشرى فى المطلب الثالث من هذا المبحث .

---

(١) أنظر د/ محمد شكرى سرور مسئولية مهندس ومقاولى البناء دراسة مقارنه ١٩٨٥ ، ص ٢٢١ .

(٢) أنظر . أنور طلبه - ص ٥٢٧.

المطلـــــب الثانـــــى

الالتـزام بتسليـم العمـل لصاحـب العمـل

تمهيــد :-

الترتب المنطقى لالتزام المقاول بعد اتمامه وانجازه للعمل المطلوب منه يجب عليه آن يسلم هذا العمل بوصفه تحت تصرف صاحب العمـل بحيث يكون تحت سيطرته ويحق له الانتفاع به دون عائق وتختلف طريقة التسليم باختلاف الاعمال محل عقد المقاولة ومن هنا لابد لنا من ايضاح احكام هذا التسليم الذى يتعين ببانه من حيث المحل - المكان - الزمان ثم الجزاء على تخلف هذا الالتزام ومن ثم فان دراستنا تنقسم الى فرعين متتاليين يتناول الاول : كيفية التسليم من حيث المحل والمكان والزمان ويتناول الثانى :- الجزاء على تخلف هذا الالتزام كما يلى :-

الفـــــرع الأول

كيفيـــــة التســـــليم

يكون التسليم بوضع العمل تحت تصرف صاحب العمل بحيـــث يتمكن من الاستيلاء عليه والانتفاع به دون عائق [١] فاذا كان العمل محل المقاولة هو انتاج الأثواب أو المنشآت ففى الحالة الأولى يسلم الحائـــك الثوب للعميل كاملا أما فى الطرف الثانى فيسلم المقاول صاحب العمـل مفاتيح البناء صالحا للسكنى ولكن يثور التساؤل عن محل التسليم ومكانــه وزمانه . سوف نعرض فيايلى لهذه الأحكام على النحو التالى :ـ

أولا : محل التسليم:

يعتبر العمل المتفق عليه بين المقاول وصاحب العمل هوالمحل الذى ترد عليه المقاولة ومن ثم يمكن القول بأن المحل الذى يرد عليــه التسليم هو العمل المطلوب انجازه فاذا كان المقاول قدم المادة فانـــه يجب عليه تسليمها لصاحبها العمل مصنوعه أما اذا كان صاحب العمل هو الذى قدمها فان المقاول هو الذى يردها بعد أن يجرى تحسينهـــا أو اصلاحها والمقاول فى الحالتين يتبع التزامه بالتسليم مباشرة من عقـــد المقاولة . [٢]

فالمادة التى قدمها صاحب العمل لاتزال على ملكه واذا امتنع عن ردهـــا المقاول يحق لصاحب العمل المطالبة بردها بموجب دعوى استرداد [٣] .

---

(١) انظر د/السنهورى الوسيط جـ٧ ،ص١١٢ .

(٢) انظر د/ محمد كامل مرسى فقرة ٥٨٢ .

(٣) انظر بلانيول وربير ، ص١٦٢ .

وعلاوة على ذلك يلتزم المقاول برد مابقى من المادة التى قدمها لصاحب العمل كما هو الحال فى مقاولات البناء من رسوم وتصميمات ومستندات للملكية ورخص البناء واشغال الطريق فلم تعد هناك حاجة لبقائها فى صورة المقاول بعد انجازه للعمل المطلوب وقد أكد المشرع هذا المبدأ فى عجز المادة ٦٥٩ مدنى التى جاء نصها " أنه اذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة فعلى المقاول أن يحرص عليها ويراعى أصول الفن فى استخدامه لها وأن يؤدى حسابا لرب العمل عما استعمله فيه برد اليه مابقى منها " .

ثانيا : مكان التسليم :-

تقضى القواعد العامة الواردة فى المادة ١/٣٤٧مدنى" اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك أما فى الالتزامات الأخيرة فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال " .

وبتطبيق ذلك على عقد المقاولة الذى لم يرد فيه نص عن نص الحكم فانه يتعين القول اذا كان محل العقد عقارا فان التسليم يكون فى موطن هذا العقار واذا كان منقولا فعلى المقاول تسليمه من صاحب العمل بأنه يلتزم برده فى نفس المكان الذى تسلمه

فيه أما اذا كان المنقول غير موجود وقت العقد فى تسليمه فى موطن المقاول أو المكان الذى توجد فى مركز أعماله واذا تعددت مواطن الاعمال فيصبح التسليم في أحد فروع الموطن الرئيسى وفضلا عما سبق فانه قد يكون هناك بين المقاول وصاحب العمل فانه يجب أن يتم التسليم طبقا لحدود هذا الاتفاق واذا لم يوجد هذا الاتفاق فيتمالرجوع الى أحكام عرفى المهنة والجهة أو الصنعة (١) .

ثالثا : زمان التسليم :ـ

الأصل المقرر قانونا أن تسليم الشيء محل العقد فورانجاز المقاول للعمل على الوجه المعتاد الوارد بالاتفاق المدرج فى عقد المقاولة ,واذا لم يكن هناك اتفاق على ذلك فيتم التسليم وفقا للميعادالمعقول ويحدد بطبيعة العرف أو ظروف تصنيع أو تحسين الشيء فيراعى فى هذا الميعاد كما يذهب البعض فى الفقه (٢) تحديد طبيعة العمل وامكانية المقاول لانجازه والغرض المقصود من المقاولة فاذا كان العمل مطلوبا للمسابقة ومحدد لها ميعاد زمن

---

(١) انظر د/ محمد لبيب شنب ، ص١٠١ ـ ١٠٢ .

(٢) انظر د/السنهورى الوسيط جـ٧ ، ص١١٣ ..

معين كان على المقاول وهو يعلم بهذا المعياد أن يسلمه قبل انقضاء هذا الميعاد وكذلك الحال كما لو كان العمل هو اقامة بناء بغرض استخدامه مسرحا لاقامة احدى الحفلات العامة فيجب تسليم المبنى فى الوقت الملائم والذى يسمح بافتتاح المسرح فى موعده وقد سجل موعد التسليم ويكون للمقاول اجر مستحق فى ذمة العمل فانه يجوز له استعمال الحق فى الحبس الوارد فى القواعد العامة فى المادة ١/٢٤٦ مدنى وينقضى الحق فى الحبس اذا قدم المقاول اجره او اذا قام صاحب العمل بتقديم تامين كافى للوفاء بالاجر ولا يقتصر الحق فى الحبس عن الاشياء التى صنعها المقاول عادة من عندة بل يشمل كل الادوات والمهمات والوثائق والمستندات التى تسلمها لزوم انجازه للعمل ولكن اذا اقتصر عمل المقاول على شئ ظل فى حيازته فليس الحق فى الحبس لانها هذا المكان لم يخرج من حيازة صاحبه حتى يمكن حبسه عنه وهذا هو شان عمل السباك ويمكن للمقاول استعمال هذا الحق فى مواجهة صاحب العمل والخلف العام وفى مواجهة دائنى صاحب العمل العاديين والذين لهم حقوق ممتازة (١) ويجوز للمقاول ايضا الدفع بعدم التنفيذ الوارد فى المادة ١٦١ مدنى فهو ليس الا وجها لاستعمال الحق فى الحبس (٢) .

---

(١) انظر استئناف القاهرة ١٩٩١/٤/٢٣ الدائرة ٢٨ استناد الحال الدعوى ١١٣١١ لسنة ٥٤٦ ..

(٢) انظر د/ لبيب شنب ، ص ١٠٢ .

الفرع الثانـى

جزاء الاخلال بالتزام التسـليم

أولا : التنفيذ العينى أو الفسخ مع التعويض فى الحالتين :-

١- التنفيذ العينـى :-

يجوز لصاحب العمل اجبار المقاول على تسليم العمل المطلوب انجازه أى طلب التنفيذ العينى وذلك بعد اعذاره متى كان هذا التنفيذ ممكنا فلايجوز اجبار المدين على التنفيذ العينى الا اذا كان ممكنا طبقا للمادة ٢٠٣من القانون المدنى فيجيز المقاول على التسليم اذا كان ممكنا واذا كان التسليم يقتضى تدخل المدين "المقاول شخصيا" فانه يمكن استخدام الغرامة التهديدية حسب القواعد العامة واذا كان الشئ من المثليات فانه يجوز لصاحب العمل الحصول على شئ مثله فى غير حالات الاستعجال على نفقة المقاول أو دون اذن حالة الاستعجال ولكن اذاكان العمل فنيا فانه لايجوز اجبار المقاول على تنفيذه عينا الا بعد رضاء المدين على التصميم كما هو الحال فى حالة التزام الفنان بتسليم اللوحة الا بعد اقتناعه بأنها كاملة -فقد يكون العمل الفنى مايضر بالسمعة الأدبية أو الفنية للفنان ولكن إذا كان الامتناع عن تسليم العمل الفنى ناتج عن طمع فى زيادة الأجرة فانه يجبر على التسليم بالفعل (١) وفى كل الأحوال فان تقدير ما اذا كان التسليم فيه تعنت من المدين من عدمه فهو أمر تقديرى يدخل فى نطاق السلطة التقديرية لقاضى الموضوع

---

(١) انظر / بودرى وفال ، فقرة ٤١٨٧ .

ويستعين القاضى فى الفصل فى هذه المسألة الموضوعية بتقرير أهل الخبرة فى الدعوى عند المنازعة عملا بالمادة ١٣٥ اثبات(١).

وتعتبر مسئولية المقاولة عقدية مفترضة ناشئة عن الاخلال بعقد المقاولة فى حد ذاته ولايكلف صاحب العمل باثبات خطأ المقاول فمجرد الاخلال بالتسليم يعتبر خطأ من المقاول فهو الخطأ نفسه وذلك لأن الالتزام بالتسليم التزاما بتحقيق غاية ولاتنتقص مسئولية المقاول الا اذا اثبت السبب الاجنبى فاذا كان الاخلال بالالتزام هو مجرد التأخير فى التسليم هذا اعذار المقاول كان المقاول مسئولا عن تعويض صاحب العمل عن التأخير فى التنفيذ مالم يثبت رجوع هذا التأخير الى السبب الأجنبى وهو القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ واذا كان الاخلال بالالتزام هو عدم التسليم أصلا فان المقاول لايتخلص من المسئولية الا باثبات السبب الأجنبى ويمكن لصاحب العمل المطالبة بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء اخلال المقاول بالتنفيذ وهو تسليم العمل المطلوب انجازه بالاضافة الى التسليم وهو طلب التنفيذ العينى.

ب) الفسخ :

توجب القواعد العامة الواردة فى المادة ١٥٧ مدنى " فى العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد أوبفسخه

---

(١) أنظر د/محمد لبيب شنب، ص١١٠ نبذه ٩٤.

مع التعويض فى الحالتين اذا كان له مقتضى ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا اذا اقتضت الظروف ذلك كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته".

وبتطبيق هذه القواعد علىعقد المقاولة باعتباره من العقود الملزمة للجانبين على النحو الذى سلف بيانه يمكن القول أنه يجوز لصاحب العمل اختيار الفسخ نظرا لاخلال المقاول بالتزامه بالتسليم الا أن القاضى ليس ملزم باجابته لطلب الفسخ القضائى اذا رفعت أمامه الدعوى وخاصة اذا كان مالم يسلمه المقاول قليل الأهمية بالنسبة للالتزام فى جملته أو اذا كان التأخير فى التسليم بسيط ولم يلحق أية أضرار بصاحب العمل ويجوز للقاضى عندئذ أن يمنح المقاول أجلا لتنفيذ الالتزام بالتسليم ولكن تطبيق هذه القواعد محكوم بالمادة ١٥٨/١ مدنى وهو الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بمجردالاخلال بالتسليم فهنا شرط صريح فاسخ يجب احترامه قانونا وخاصة اذا ورد فى صيغة المشددة " دون حاجة الى تنبيه بذلك أو انذار " ويجوز بالاضافة الى طلب الفسخ المطالب بالتعويض وهذا هو ما أكد المشرع فى المادة ١٥٧/١ مدنى مصرى .

ثانيا : تحمل تبعة الهلاك :-

عند بحث تحمل التبعة فان هذا يوجب علينا بيان المقصود بالتسليم الذى ينقل تبعة هلاك العمل المطلوب تسليمه (١) الراجح فقهاء وقضاء ان التسليم الذى ينقل التبعة هو التسليم القانونى دون التسليم الفعلى فمجرد وضع الشئ المطلوب انجازه تحت تصرف صاحب العمل ويمكن الانتفاع به دون عائق فانه يعتبر قد أوفى بالالتزام بالتسليم، ومن ثم تنتقل التبعية الى صاحب العمل حتى ولو لم يتسلم الشئ بالفعل وفقا لما أورده المشرع فى المادة ٦٦٥ مدنى مصرى المبدأ العام فى تحمل تبعة الهلاك للشئ قبل تسليمه والتى جاء نصها " اذا هلك الشئ بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل فليس للمقاول أن يطالب لا بثمن عمله ولا برد نفقاته ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين أما اذا كان المقاول قد أعذر بأن يسلم الشئ أو كان قد هلك أو تلف قبل التسليم راجعا الى خطأ منه وجب التعويض لصاحب العمل عما يكون قد ورده من مادة العمل فاذا كان رب العمل هو الذى أعذر بتسليم الشئ أو كان هلاك الشئ راجعا الى خطأ منه أو الى عيب فى المادة التى قام بتوريدها كان الهلاك للمادة عليه وكان للمقاول الحق فى الأجرة والتعويض عند الانقضاء " .

فالقاعدة أن المقاول يتحمل التبعة قبل التسليم واستثناء يتحملها صاحب

---

(١) انظر دلفو عكس ذلك حيث يرى أن الذى ينقل التبعة هو قبول صاحب العمل بعد معاينته ولو لم يستولى عليه ماديا ، ص١٦٣ نبذه ٩٣ .

العمل قبل التسليم فى الأحوال الآتية :ـ

أ) اذا كان هناك اتفاق بين المتعاقدين على تحمل العمل تبعة الهلاك للمادة ولو لم يستلمها فهذا الاتفاق جائز باعتبار قاعدة تحمل التبعة قاعدة مكملة ويجوز الاتفاق على عكسها وهذا الاتفاق قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا .

ب) اذا هلك الشئ فى يد المقاول وهو مستعملا للحق فى الحبس فاذا هلك الشئ فى فترة الحبس بسبب أجنبى فانه أى صاحب العمل يتحمل تبعة الهلاك رغم أنه لم يتسلمه الا لأنه هو الذى تسبب فى عدم الوفاء بأجر المقاول وامتنع عن الوفاء بدينه فيتحمل تبعة تقصيره.

جـ) اذا وضع اليد على الشئ دون موافقة المقول دون حكم قاضى بذلك فانه يتحمل تبعة الهلاك اذ القاعدة العامة لايجوز للشخص أن يقضى لنفسه بنفسه (١) .

أما اذا وقع الهلاك بعد التسليم فان القاعدة أن المقاول نفذ التزامه بالتسليم وبالتالى فان صاحب العمل يقع عليه تبعة الهلاك فيظل صاحب العمل ملتزم بدفع أجر المقاول ولايجوز له الرجوع على المقاول بشئ ما ومما تقدم نرى أنه يوجد ارتباط وثيق بين تبعة الهلاك والتسليم ولكن يعن لنا ابراز عدة فروض تنحصر في حكم الهلاك بسبب راجع الى صاحب العمل وحكم الهلاك الذى يرجع الى المقاول وكذلك الهلاك الذى

---

(١) أنظر / لبيب شنب ، ص١١١ .

يرجع الي سبب أجنبي ، وسوف نتولى تفصيل ذلك كما يلي :ـ

أ ـ حكم الهلاك بسبب صاحب العمل :ـ

لقد تناول المشرع هذه الصورة من صور الهلاك في الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٥ مدني التي جاء نصها " فاذا كان صاحب العمل هو الذى أعذر أن يتسلم الشيء أو كان هلاك الشيء أو تلفه راجعا الي خطأ منه أو الي عيب في المادة التي قام بتوريدها كان الهلاك للمادة عليه وكان للمقاول الحق في الأجرة وفي التعويض عند الاقتضاء.

ومقتضي هذه القاعدة أن تبعة الهلاك تكون علي صاحب العمل ، فاذا كانت بالمادة التي وردها للمقاول بها عيب مما يؤدى الي الهلاك والتلف ، فان تبعة الهلاك تكون لدى صاحب العمل ولا يصح مطالبة المقاول بشيء منها • ويؤدى صاحب العمل الأجرة للمقاول ، وذلك كما لو كان كما هو الحال لو ورد صاحب العمل للمقاول أخشابا لصنع الأثاث فانه يستحق الأجر ويتحمل صاحب العمل مغبة عمله ، ولكن لايتسحق المقاول أجره عن الشيء محل العقد اذا كان هلاك الشيء عن عيب فيه وكان المقاول عالما بالعيب أو كان يجب

عليه أن يكتشفه بخبرته ولا يحق له المطالبة بأية تعويضات[١].

ولكن اذا أخطر المقاول صاحب العمل بالعيب ولم يهتم صاحب العمل بأمر هذا العيب وأمر المقاول بتنفيذ العمل فان المقاول يستحق الأجر في حالة التلف أو الهلاك .

ب - حكم الهلاك بسبب المقاول :-

تناول المشرع حكم هذا الهلاك في الفقرة الثانية من المادة ٦٦٥ مدني : أما اذا كان المقاول قد أعذر أن يسلم الشيء أو كان هلاك الشيء أو تلفه راجعا الي خطأ منه أو الي عيب في المادة التي قام بتوريدها كان هلاك المادة عليه وكان للمقاول الحق في الأجرة وفي التعويض عند الاقتضاء " .

تقع تبعة الهلاك علي المقاول اذا وقع الهلاك بخطأ منه أو مايعادل الخطأ بأن يعذر صاحب العمل المقاول أن يسلم الشيء فلا يقوم بالتسليم ، فخطأ المقاول هو سبب

---

(١) أنظر أوبرى ورو ص ٤٠٢ ، بلانيول وريبير ص ١٦٦٠ نبذه ٩٢٧ .

(٢) أنظر بيروس - ص ٣٥ .

الهلاك (١) ، فاذا كان المقاول هو الذى قدم المادة مثل القماش أو الخشب أو مواد الدهان ، ثم هلك الأثاث أو الثوب بخطأ من المقاول بعد اعذاره بالتسليم فلا يستحق المقاول أجرا علي عمله ولا يرجع بقيمة المواد والمهمات علي صاحب العمل.
واذا كان صاحب العمل هو الذى قدم المهمات والأدوات اللازمة لانجازه العمل فان صاحب العمل يرجع عليه بقيمة هذه المواد والتعويض الا اذا أثبت المقاول أن الهلاك يرجع الي سبب أجنبي مثل القوة القاهرة أو فعل الغير ، وقضت بعض المحاكم (٢) أنه اذا اقترض تاجر المجوهرات ذهبا وأعطاه الصانع يصنعه ، فسرق الذهب بقوة قاهرة دون خطأ الصانع ، فان الصانع تبرأ ذمته من رد الذهب الي تاجر المجوهرات ، ويبقي هذا التاجر مدينا برد الذهب الي المقرض ".

جـ — الهلاك بسبب أجنبى :—

تقضي القواعد العامة الواردة في المادتين ١٥٩ مدني ،

---

(١) راجع الدكتور / السنهوري جـ ٧ ص ١٢١ نبذه ٥٤.

(٢) أنظر محكمة باريس ١٩٤٦/٧/١٧ ، جازيت دي باليه ١٩٤٦ — ٢ — ١٠٢ .

٣٧٣ مدني • وقد جاء نص المادة الأولي " في العقود الملزمة للجانبين اذا انقضي التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الإلتزامات المقابلة له ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه " • وجاء في نص المادة الثانية " ينقضي الالتزام اذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه بسبب أجنبي لايد له فيه " •

وبتطبيق هذه القواعد علي عقد المقاولة باعتباره عقدا من العقود الملزمة للجانبين فلا شك أن استحالة التنفيذ تقضي علي التزام المقاول بالتسليم • ومن ثم ينقضي التزام صاحب العمل المقابل وهو الالتزام بدفع الأجر وينفسخ عقد المقاولة من تلقاء نفسه ولا يكون لأى من المتعاقدين الرجوع علي الآخر بالتعويض لأن عدم التنفيذ لايرجع لأى منهما •

وفي جملة القول ، أنه اذا كانت استحالة التنفيذ ترجع الي هلاك الشيء الذى صنعه المقاول بسبب أجنبي ، وكان هذا الهلاك قبل التسليم لصاحب العمل ، فان التزام المقاول بالتسليم ينقضي وينقضي معه التزام صاحب العمل بالوفاء بالأجر للمقاول •

واذا كان المقاول هو الذى ورد المادة محل الشيء فان هلاك أو تلف

هذه المادة يتحملـه . والعكس صحيح ، أى أن هلاك المادة المستعملة علي من قام بتوريدها .

المطلب الثالث

الضمان العشرى

النص التشريعي :-

لقد تناول المشرع أحكاما خاصة بالضمان الذى يقع علي عاتق المقاولين الآصليين أو من الباطن والمهندس المعمارى ، فجاء النص علي أنه " يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين مايحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه في الأرض ذاتها أو كان رب العمل قد أجاز اقامة المنشآت المعيبة مالم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقي هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات. ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة. مايوجد من المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد مكانة البناء وسلامته . وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل . ولا

تسري هذه المادة علي مايكون للمقاول من حق الرجوع علي المقاولين من الباطن " .

يثير هذا النص العديد من المسائل القانونية حول مسئولية المقاول من الباطن والمهندس المعماري في كلتا الحالتين . ومن ثم نعرض لضمان المقاول الأصلي والمهندس المعماري . وضمان المقاول من الباطن أيضا ، كلا في فرع مستقل كما يلي :-

الفرع الأول

ضمان المقاول الأصلي والمهندس المعماري

لقد وضع المشرع أحكام خاصة لهذا الضمان تختلف أحكامها عن القواعد العامة للضمان القانوني . ومن ثم فان هذا الضمان يثير العديد من المسائل القانونية التي تكون حديرة بالبحث من حيث نطاق هذا الضمان من حيث الأشخاص ثم نطاقة من حيث الأضرار - ثم مدة هذا الضمان . ثم عبء اثباته ، وكيفية التخلص من هذه المسئولية - ثم حكم التضامن القانوني في هذه المسئولية المدنية - طبيعة هذه المسئولية - الجزاء في قواعد اعمال هذه المسئولية. وسوف نتولي عرض هذه المسائل تفصيلا علي النحو التالي :-

أولا : نطـــاق الضمان من حيث الأشخـــاص :ـ

أ ـ من حيث الآشخاص الملتزمون بالضمان " المدين بالضمـــان " :ـ

حـــدد المشرع المدين بالضمـــان في عجز المادة ٦٥١ مدني " يضمن المهنـــدس المعمـــاري والمقـــاول متضامنين ٠٠٠٠ الـــخ النص " ٠

ويفهـــم من هذا النص أن المشرع حدد المدينين وهمـــا شخصـــان متضامنان بنص القانـــون وهمـــا المهندس المعمـــاري والمقاول ٠ وذلك اعمالا للقواعـــد العامة في التضامن ، أن التضامن لايفترض دائمـــا ولايكون الا بنـــاء علـــي نص في القانـــون أو الاتفاق فـــي المسائـــل المدنيـــة (١) ٠

ويقصـــد بالمهندس المعماري ذلك الشخص الذي قام باعـــداد التصميمات والرسومات اللازمـــة لانشـــاء المبني بناء علي تكليـــف

---

(١) أنظـــر المادة ٢٧٩ مدنـــي ٠

من صاحب العمل ثم أشـرف علي التنفيذ عليهـا بواسطـة مقاول (١) .

ولا يشترط أن يكون المهندس المعماري حاصلا علي المؤهل الفنـي في الهندسـة المعمارية . فأي شخص حتي ولو لم يكن مؤهـلا طالمـا وضع التصميم اللازم فهـو متضامن بصفته مهندسا معماريـا . وفـي حالـة تعدد المهندسـين المعمارين فانهم متضامنـون ويشترط لانعقـاد مسئوليتـه بالضمـان أن يكون هنـاك عقد مقاولـة بينه وبين صاحب العمـل . فاذا انتفي هـذا العقد بأن كان يعمل تحت رقابة واشراف صاحب العمل أو يقـوم بالعمل لصالحه دون أجـر فانه يسأل طبقـا للأحكام العامـة والمسئوليـة المدنيـة . ويقصد بالمقاول ذلك الشخص الذي يكلـف من صاحب العمـل بأقامـة مبانـي أو منشـآت أخرى ثابتـة في مقابل أجـر دون أن يكـون لصاحب العمل رقابـة أو توجيه أو اشـراف عليه في ذلك (٢) .

ولمـا كان المقـاول لايقـوم بهذا العمل وحده بـل

---

(١) د. / محمد لبيب شنب ، ص ١٢٢ .

(٢) راجع د. / السنهوري – الوسيط جـ ٧ ص ١٣٦ .

(٣) أنظـر د. / لبيب شنب ، ص ١٢٢ .

يستعين بالمعاونين له والمساعدين • فهو مسئول تماما عن أعمالهم ، ويلتزم بضمان هذه الأعمال كما لو كان هو الذى قام بها بمفرده ولا يشترط تحقق صفة التبعية لانعقاد المسئولية طبقا للمادة ٦٥١ مدني ، فهو ضمان خاص(١) .

ويشترط لانعقاد مسئوليته اذا بأن تكون هناك علاقة مقاولة بينه وبين صاحب العمل • واذا نزل عن المقاولة لمقاول آخر من الباطن لايخل بحق صاحب العمل في الرجوع عليه طالما لم يقبل هذا النزول ولم يقصد ابراء المقاول الأصلي من التزاماته (٢) .

ب - من حيث الأشخاص المستفيدون في الضمان " الدائن في الضمان :-

من المقرر قانونا أن الدائن في الضمان هو الذى يعود عليه ضرر من جراء الهدم أو التصدع أو ظهور العيب

---

(١) أنظر د• / السنهورى - السابق - ص ١٣٨ •

(٢) أنظر / مازو ص ١١٢٩ ، و دلفو ص ١٩٧ • محمد كامل مرسي ، نبذه ٩٨٥ •

الذى يهدد سلامة أمن البناء ومتانته . فصاحب المصلحة الأولي هو صاحب العمل . ويظل هذا الضمان في تركته بعد وفاته يباشره عنه بموجب أحكام أن الدعوى غير المباشرة - الخلف العام والخاص والدائنون -. أى أن للوارث والمشترى والموصي له والموهوب له الرجوع علي المهندس المعمارى والمقاول متضامنين بموجب أحكام الضمان الوارد في المادة ٦٥١ مدني طبقا لما يقرره أستاذنا الكبير الدكتور / السنهورى بقاعدة الاستخلاف في الحقوق والالتزامات . وتنتفي صفة الدائن عن صاحب العمل اذا كان هو المقاول الأصلي الذى تعاقد مع المقاول من الباطن .

ثانيا : نطاق الضمان من حيث الأضرار :-

أ - ضمان التهدم الكلي أو الجزئي للبناء :-

أشار المشرع صراحة الي ذلك في المادة ٦٥١مدني الخاصة بالضمان المشدد الملقي علي عاتق المهندس المعمارى والمقاول ، والتي تقضي بأن الضمان يشمل مايحدث في المنشآت من هدم كلي وجزئي ولو كان الهدم ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها .

فـــاذا تهـــدم المنزل كله أو في جزء منه ولم يكن راجعا الـــــي سبب أجنبي فانهـــما مسئولان بالتضامـــن عن ذلك الهـــــــدم في شقيــه ، ولا يشترط أن يكون البنـــاء قد أقيم بالحجـــارة أو بالطـــوب ، وانما يمكن أن يكون كذلك بالأخشاب ، فالمعـــول عليه هو البنـــاء الثابت المستقر الذى لايمكن نقله من مكانـــــــه• ومثل هذه المبانـــي العشش التي تبني بالأخشاب والحصير في المصايف مثل مصيف رأس البر وجمصـــــة • ويمكن القـــول أن الهـــدم ســـواء كان كليـــا أو جزئيـــا يقصـــد به انحلال الرابطـــــة التي تربط اجزاء المبني بعضه ببعض (١) .

ويخرج عن أحكام النص المشـــدد الأعمال التالية :ـ

مايقـــوم به المهندس المعمارى والمقـاول من حفر للآبـــار ولاشق للترع ولا بناء السفن ولا رصف الطرق ، فلا يمكن اعتبارهـا من قبيل أعمال المباني والتشييد • ويتحقق الضمان حتي ولو كـــان الهدم بنوعيه راجعـــا الي عيب الأراضى ذاتها (٢) .

---

(١) أنظــر : نقض مدني ١٩٩٥/٦/١٠ ، منشور في مجلـــة القضاة الفصلية " •••••• يكفي لقيام الضمان تهدم المبنـــي ولو كان ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها " •

ب ـ ضمان العيوب التي تهدد سلامة البنـــاء :ـ

أورد المشرع هذا الضمان أيضـــا في المادة ٦٥١ مدنـــي " ...... كما يشمل مايوجد في المنشآت من عيوب يترتب عليهـــا تهديد متانـــة البنـــاء وسلامتـــه " .

ومن ثم فان العيب الذى يهدد سلامـــة ومتانة البنـــاء قد يرجـــع الي عيب في المادة المصنوع منهـــا البنـــاء لأن تكـــون غير مطابقـــة للمواصفـــات والشروط الواردة بالعقد . أو يرجـــع العيب الي الصدفـــة ذاتهـــا كأن يكون الأســـاس غير كاف لاقامـــة المبني أو يكون العيب راجعـــا الي الأرض ذاتهـــا كأن تكـــون الأرض هشـــة لايمكن بالحالة التي وجـــدت فيهـــا صالحـــة لاقامـــة الأساس عليهـــا . ويشترط في العيب الموجب للضمـــان .

أولا : أن يكون عيبـــا يهدد سلامـــة وأمن البناء ومتانتـــه :

هـــذا شرط منطقـــي لأن الضمان خاص بسلامة ومتانـــة البنـــاء . فلا تتحقق مسئوليـــة المهندس الا بذلك العيب الموثـــر . ولا يشترط أن يكون هذا العيب قديمـــا أى موجودا وقت نـــزول صاحب العمل ، فالمسئوليـــة الخاصـــة بالضمان نتناول العيـــوب

القديمة والطارئة بعد القبول ٠

ويذهب أستاذنا الدكتور / محمد لبيب شنب [١] الى أن المشرع قد خرج بذلك الأحكام عن القواعد العامة٠ اذ لايضمن المقاول عيوب عمله وفقا لهذه القاعدة الا اذا كانت قديمة أو موجودة في العمل عند تسليمه أو على الأقل أن يكون مصدرها موجودا في ذلك الوقت ٠ أما مسئولية المهندس المعماري والمقاول فتحقق ولو لم يثبت العيب كان موجودا في المبني وقت اقرار صاحب العمل ٠

ثانيا : أن يكون العيب خفيا :

ذهبت محكمة النقض المصرية (١) ، (٢) وتابعها

(١) أنظر د٠ / لبيب شنب ص ١١٢ ٠
(٢) أنظر نقض مدني ١٩٣٩/١/٥ مجموعة عمر – ثروث الأسيوطي ص ٤٩١ – توفيق فرج ص ٣٦ ٠

عكس ذلك / محمدكامل مرسي نبذة (٩) لايشترط أن يكون العيب خفيا مادام يهدد سلامة ومتانة البناء ٠

واذا تم تسليم العمل دون التراضي من صاحب العمل يعتبر أنه نزل عن حقه في الضمان • بل ذهب البعض الي أبعد من ذلك أن تسلم صاحب العمل دون اعتراض منه يفترض آن العمل خاليا من العيوب الظاهرة مالم يكن هناك غش (١) •

وخلاصة **القول** : أنه اذا كان العيب معلوما لصاحب العمل وقت المعاينة والقبول أو كان ظاهرا بحيث كان في استطاعة صاحب العمل اكتشافه ببذل جهد معتاد • فان ذلك القبول يوجب عدم ضمان المهندس المعماري والمقاول طالما لم يوجد تحفظ من قبل صاحب العمل • وهذا يتفق تماما مع القواعد العامة لأن القبول يفيد موافقة صاحب العمل علي البناء بالحالة التي تسلمها عليه ، أي بقبوله العيب• ولا يغني التسليم الموقت عن القبول اى التسليم النهائي • فلا يمنع التسليم الموقت صاحب العمل من استعمال الحق في الضمان الخاص •

---

(١) أنظر: مازو دروس في القانون المدني ص ١٣٧٠ _ محمد لبيب شنب ص ١٢٧ •

جـ ـ ضمان التصميم :ـ

تناول المشرع هذا الضمان في عجز المادة ٦٥٢ مدني "اذ اقتصر المهندس المعماري علي وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة علي التنفيذ لم يكن مسئولا الا عن العيوب التي أتت من التصميم " .

وعيب التصميم اما أن يرجع الي خطأ في أصول الفن المعماري كأن يكون من وضعه لاتتوافر فيه الكفاية الفنية اللازمة .

واما أن يعزى العيب الي مخالفة اللوائح والقوانين كأن يكون البناء خارج التنظيم أو مخالفا للارتفاعات القانونية .

وفي غالب الأحوال يكون المهندس المعماري هو واضع التصميم. ومن ثم يحب عليه الضمان الخاص سواء أشرف أو لم يشرف علي التنفيذ (١).

ولكن اذا قام بالاشراف علي التنفيذ فان المهندس المعماري يسأل عن العيب في التصميم والتنفيذ معا ، ويكون متضامنا

(١) أنظر / السنهوري ـ الوسيط ـ جـ ٧ ص ١٧٠ .

مع المقـــاول • والعكس صحيح اذا لم يشرف المهندس علـــي التنفيـذ فانه يســأل في حــدود عيب التصميم فقط • وقـــد أيدت محكمـــة النقض المصرية هذا المبـدأ ، فقضت فـــي أحـــد أحكامهـــا (١) " أن المشرع قد جعـــل قواعـــد المسئوليـــة عن تهـدم البنـــاء وسلامتـــه تشمل المهنـدس المعمـــارى والمقاول علي الســواء مالم يقتصـــر عمل المهنـــدس علي وضع التصميم فلا يكـــون مسئولا الا عن العـيب الذى أتـــي منـــه " •

مـــدة الضمـــان أو " الضمان العشـــرى " :-

حـــدد المشرع ميعاد زمنيـــا هو عشر سنوات تبـــدأ من تاريخ تسلم العمـل محـــل المقاولـــة • وقد أطلق الفقـــه علي هذا الضمان مايسمي بالضمـــان العشرى (٢) أى المحـــدد

---

(١) أنظر نقض مدني ١٩٧٣/١١/٢٧ السنة ٢٤ مجموعة أحكـام النقض المدني في ستون عامـــا •

(٢) أنظر للموءلف التأمين الاجبارى من المسئولية المدنية عـــن هدم المنشآت عام ١٩٩٣ ص ١٨ - ١٩ ، د•/ محمد ناجي ياقوت ، المسئولية المدنية للمهندس المعمارى ص ١١٧ - د•/ محمد شكرى سرور - مسئولية المهندس والمقاولين المعمارييـــن ، ص ٧٨ •

بعشر سنوات (١) . ولم يشأ أن يجعل المشرع هذا الالتزام أبديا . حيث أن أعمال البناء والترميم والصيانة لها أجل مفترض تنتهي عنده لأنها مواد تستهلك بالاستعمال .

وذهب الفقه (٢) الى أن هذه المدة هي مدة اختبار لمتانة وصلابة البناء الذى تم تشييده من قبل المهندس المعمارى والمقاول . وليست مدة تقادم تنتهي عندها قواعد المسئولية ، ولذلك لاتخضع لقواعد الوقف أو الانقطاع ولا تعتبر هذه المدة من النظام العام ، ولذلك يجوز الاتفاق علي اطالتها (٣).

فيشترط لاعمال قواعد الضمان الخاص أن يحدث الضرر في خلال عشر سنوات تبدأ من وقت قبول العمل أى من وقت معاينة صاحب العمل للبناء واقراره بذلك . وهذا الاقرار اما أن يكون مكتوبا صريحا كما لو حرر محضراثبات حالة بين المهندس المعمارى والمقاول وبين صاحب العمل . فهذا يدل صراحة علي أنه تم التسليم في تاريخ محدد ويبدأ حساب

---

(١) أنظر د. /السنهورى - الوسيط جـ ٧ ص ١٥٢ ، د./ لبيب شنب ، ص ١٣٦ .

(٢) انظر مجلس الدولة الفرنسي ١٩٨٨/١/٣ ، داللوز ١٨٨٢ - ٢ - ١١٩ ، عكس ذلك : دلفو ص ١٨٩ نبذه ٢٢٤ . فالممنوع هو الحد أو الاعفاء من الضمان وليس التشديد.

مـدة الضمـان العشرى من هذا التاريخ ٠

وقد يستخلص هذا الاقـرار ضمنـا من ظروف وملابسـات الواقع بأن يتسلم صاحب العمل ، العمل المطلوب دون أن يعتـرض علي أيـة عيوب به ٠ فيعتبر هذا قبولا ضمنيـا ٠ واذا لـم يتمكن من احتساب المدة فيمكن استخلاصهـا بالقرائن التي تـدل علي ذلك منذ تاريخ تسويـة الحسـاب بين المقاول وصاحب العمـل يعتبر تاريخـا فعليـا للاستلام النهائـي ٠
فهذ يفيد أن صاحب العمل قد قبـل هذا ٠ أو قد يحسب تاريـخ القبـول من وقـت اعذار صاحب العمل بالتسليم ٠ واذا كـان التسليم علي دفعـات فتحسب المدة من تاريخ استلام آخر دفعـه اذا كان البنـاء قابلا للتجزئـة ٠ أما اذا كان البناء غيـر قابل للتجزئـة فتحسب المدة من وقت تسليم كل جزء بالنسـبة الي هذا الجزء ٠

ويلاحـظ فى هذا الصدد أمران همـا :-

الأول : أن صاحب العمل يستطيع النزول عن جزء من المـدة بعد سريانهـا لأنه يستطيع أن ينزل عن الضمـان بعد تحققـه ، فالأولـي اذن ينزل عن بعض الضمـان ٠

ويتحقق ذلك عملا بألا يتمسك صاحب العمل بكمال المدة لدى القضاء .

والثاني :- أنه يجوز أن تكون مدة الضمان أقل من عشر سنوات اذا كان المقصود من المنشآت عدم بقاوءها طوال هذه المدة مثل اقامة معرض مدته ثلاث سنوات . فالمفروض أن يهدم المعرض بعد هذه المدة . ومن ثم فلا مجال لاعمال الضمان العشرى ، وقد أشار المشرع في المادة ٦٥١ مدني مصري الى هذا الفرض الثاني فجاء النص " ... ... بأن يكون الضمان لمدة عشر سنوات مالم يكن المتعاقدين قد أرادا أن تبقي المنشآت مدة أقل من عشر سنوات .

دعوى الضمان العشرى :

تثير دعوى الضمان العشرى العديد من المسائل القانونية الجديرة بالبحث مثل : تحديد طبيعة هذه الدعوى وأطرافها والمحكمة المختصة بها محليا ونوعيا وموضوعها وعبء اثبات الدعوى وحكم اتفاقات المسئولية في هذه الدعوى . وأخيرا كيفية التخلص من هذه المسئولية المدنية .

وسوف نعرض تفصيلا لهذه المسائل القانونية علي النحو التالي :-

أ - طبيعـــة دعـــوى الضمـان العشرى :-

الأمـر الذى لاشك فيه أن هذه المسئوليـة مسئولية ناشـــئة عن العقد . ومن ثم فهي مسئوليـة عقدية . فحدد المشـــرع المسئولية في المادة ٦٥١ مدني التى تتحدث عن الاخلال بعقــــد المقاولة وهو من العقود المسماه فى التقنين المدني المصرى ، فالمهندس والمقاول مرتبطان مع صاحب العمل بعقد محله وضع التصميمــــات والاشراف على أعمال البناء (١) . ولا مجال لاعمال قواعد هـــذه المسئولية الا اذا حصل تهدم أو عيب في المبنى المزمع اقامته أى اخــلال بالتزام بضمان سلامة البناء .

وســـواء ورد النص على هذه المسئولية صراحـة فى العقد أم تـــم استخلاصهـــا ضمنـا فان المسئولية لامجال مسئولية عقدية . وذلـــك لأن هذا الالتزام الملقى على عاتق المقاول والمهندس يترتب على كـــل عقد مقاولة بقوة القانون (٢).

وأهميـــة تحديد طبيعـــة هذه المسئولية الناشئة عـــن الضمان العشرى بأنها مسئولية عقدية أنه لايجوز التعويض فيها الا عـــن

---

(١) أنظر د. / محمد لبيب شنب ، ص ١٤٣ .

(٢) أنظر نقض مدني فى ١٩٥٥/٦/٩ ، مجموعة أحكام النقـــض المدني ص ١٢٣٥ ، مادة ١٦٥ .

الضرر المتوقع دون غير المتوقع ، وهي القاعدة العامة فى المسئولية العقدية الا اذا كان الضرر ناشئا عن غش أو خطأ جسيم في التعويض يشمل الضرر بنوعيه متوقعا أم غير متوقع . وتقدير التعويض في هذه المسئولية يكون بقدر مالحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب " .

ب — موضوع الدعوى وأطرافها والمحكمة المختصة بها :—

اذا تحقق سبب الضمان بأن حدث اخلال بالمبني فانهدم كله أو جزء منه أو حدث به عيب يهدد سلامة ومتانة البناء ، فان صاحب العمل وهو المدعي في هذه الدعوى يستطيع مطالبة المقاول أو المهندس أو هما معا متضامنين بقوة القانون بالتنفيذ العيني وهو فى الحالة الأولي حالة الهدم الكلي أو الجزئي ، أي اعادة اصلاح ماهدم علي نفقتهما بترخيص من القضاء في غير حالة الاستعجال عملا بالمادة ٢/٢٠٩ مدني . وفى حالة الاستعجال بدون ترخيص من القضاء ولكن عملا بالقواعد العامة الواردة فى المادة ٢٠٣ مدني أنه اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين يجوز للقاضي أن يقصر الحكم علي التعويض فقط . واذا كان هناك عيب في الحالة الثانية يهدد سلامة ومتانة البناء ، فانه يطبق ذلك الحكم أيضا .

وقد يحكم القاضي منذ بداية الآمر بالتعويض دون التنفيذ العيني فيقضي القاضي بمبلغ مساو لتكاليف اعادة البناء أو اصلاح العيب • وما فات صاحب العمل من الانتفاع حتي تمام الاصلاح • وفي كل الأحوال يجوز الجمع بين التنفيذ العيني والتعويض اذا كان هناك موجب لذلك • فاذا تطلب اعادة البناء أو اصلاح العيب مدة من الزمان قد تكون طويلة أو قصيرة فانه يجوز طلب التعويض عن عدم الانتفاع بالبناء طوال هذه الفترة الزمنية (١)

ويجب علي صاحب العمل قبل هذا الطلب بشقيه التنفيذ العيني والتعويض أن يقوم بعمل معاينة لاثبات حالة البناء وطرق اصلاحها والأعمال اللازمة لذلك • فاذا لم يفعل وعمد من تلقاء نفسه الى اجراء تعديلات قبل هذه المعاينة لاثبات حالة البناء والعيب فانه يعد متنازلا عن حقه في الرجوع بالضمان العشرى (٢) •

---

(١) أنظر• /السنهوري ـ الوسيط حـ ٧ ص ١٥٨ " النص المصرى صريح في قصر الحكم علي التعويض حتي ولو كان الالتزام عقديا •

(٢) أنظر استئناف مختلط ٢٧/١/ ١٩٠٤(في الدعوى ١١٦ لسنة ١٩٠٤) •

هذا عن موضوع الدعوى وأطرافهـــا • وأما من حيــــث المحكمة المختصة بمثل هذه المنازعات نوعيا ومحليا فأما عن الاختصـــاص المحلي فترفع الدعوى في موطن المقاول أو المهندس المعماري المدعي عليه في هذه الدعوى • واذا كان له شركة ولها عدة فروع فانه يجوز رفع الدعوى في أى موطن يكون للشركة فيــه فروعـــا •

وأما عن الاختصاص والتعدي فانه يرجع الي القواعد العامة فى قانــون المرافعات (١) اذا كانت قيمة المنازعة لاتزيد عن خمسة آلاف جنيــه فان الاختصاص يكون لمحكمة المواد الجزئية • واذا زادت عن ذلـــك فان محكمة المواد الكلية تكون هي صاحبة الاختصاص العام •

جـ - عبء الاثبات في الدعوى :-

لما كانت المسئولية العقدية توجب عند قيامها توافر عناصــر ثلاثة هي : " الخطأ - الضرر - السببية " ، فانه يثــور التساؤل في مجال الضمان العشرى •• هل يشترط توافر اثبـــات الخطأ والضرر والسببية من عدمه أم لا ؟•

بادىء ذى بدء ننوه الي أن الخطأ لايكفي صاحب العمل باثباته

---

(١) أنظر المواد ٤٢ ، ٤٧ من قانون المرافعات المدنيـــــــة والتجارية •

قبل المقاول أو المهندس المعماري • اذ أن الالتزام الناشيء عن الاخلال بعقد المقاولة يشكل في حد ذاته توافر عنصر الخطأ • ومن ثم فــان ركن الخطأ في المسئولية العقدية الناشئة عن عقد المقاولة مفترض وليس واجب الاثبات • بمحرد الاخــلال بالنتيجة أي حصول هدم كلــي أو حزئي في البناء أو ظهور عيب يهدد سلامة البناء ومتانته يشكل ركــن الخطأ دون حاجة الي وجوب اثبات ذلك (١) • وبالتالي يحق لصاحب العمل الرجوع عليهما بالتضامن •

وقد وضع القضاء الفرنسي قرينة علي خطأ المقاول والمهنــدس تعفي صاحب العمل من عبء اثبات الخطأ ولكن قصر هذه القرينــة علي المقاولات الجزافية (٢) •

حكم اتفاقات المسئوليــة :ـ

تقضي القواعد العامة في المسئولية العقدية والواردة في المادة ٢١٧ مدني مصري أنه يجوز الاتفاق على تشديد أو تخفيف أو الاعفــاء من المسئولية حتي في حالتي الغش والخطأ الجسيم الذى يصدر مــن

---

(١) أنظر د٠/ سليمان مرقــــــــس ـــ تعليقات على أحكــام المسئولية المدنية عام ١٩٨٨ ص ٣٤١ •

(٢) أنظر : جرينوبل ٢٨/٣/١٩٠٠ ، داللوز ١٩٠٠ ـ ٢ ـ ٤٣١ •

الغير في تنفيذ هذه المسئولية • فهل ينطبق هذا الحكم علي الضمان العشرى باعتباره كما سبق تكييفه أنه مسئولية عقديه ؟ •

لقد أجاب المشرع صراحة في المادة ٦٥٣ مدني مصرى علـــي هذا التساؤل بالنفي وورد النص كما يلي :ـ

" .... يكون باطلا كل شرط يقصد به اعفاء المهندس المعمارى والمقاول من الضمان أو الحد منه" •

وأستقرت آراء الفقه وأحكـــام القضاء علي أن أحكام الضمـــان العشرى من النظـــام العام بصريح النص سالف الذكر • ويبرر ذلـــك أن صاحب العمل لايكون في غالب الأحوال الأعم ذي خبرة فنيه فـــي أعمال التشييد • ولذلك وضع له المشرع ضمانا عشريا هو مسئولية المقـــاول والمهندس متضامنا لمدة عشر سنوات تبدأ من وقت تسلم العمل • فهـــو الجانب الضعيف في العقد والمقاول والمهندس المعمارى طرفا قويا فيه • ومن ثم تطبيقا لهذا المبدأ القانوني سالف الذكر أنه لايجوز الإتفاق مقدما علي الاعفاء من الضمان أو الحد منه • فلا يجوز للمقاول أو المهنـــدس المعمارى الاتفاق مع صاحب العمل ووضع شرط صريح فى عقد المقاولـــة علي أن تبرأ ذمته من كل العيوب التي يمكن أن تلحق بالبناء سواء كانت خفية أم ظاهرة • ولايجوز بالتالي أن يكون هناك اتفاق علي جعل مـــدة الضمان أقل من عشر سنوات • فمثل هذا الاتفاق مهما كان شكلة يكون باطلا •

ومن نافلة القول ،نريد أن نوضح حقيقة هامة في هذا الصدد أنه رغم تعلق هذه المسئولية بالنظام العام ، فانه لامانع من حصـــول التصالح بشأنها بعد حصول الهدم أو ظهور العيب .

ويعتبر ذلك بمثابة نزول صاحب العمل عن التمسك عن حقـــه في الضمان . وهذا النزول قد يكون صريحا ، وقد يكون ضمنيا .
ويعتبر نزولا ضمنيا قيام صاحب العمل بعد علمه بالهدم دفع الباقي مـــن أجـــر المهندس أو المقاول دون تحفظ أو قيامه باصلاح العيب دون اثبات حالته في غير حالة الاستعجال - كما سبق أن أوضحناه (١) .
والحال غير ذلك في فرنسا فلم يوجد نص يحرم مثل هذا الاتفـــــاق ولذلك يجوز في الضمان العشرى في القانون الفرنسي الاتفاقي على أن تكون مدة الضمان أقل من عشر سنوات - وإزاء عدم وجود نص في التشريـــع الفرنسي فقد أدخلت محكمة النقض الفرنسية علي هذا المبدأ عدة تعديلات منها (٢) .

---

(١) أنظر د. / محمد لبيب شنب ، ص ١٤٤ .

(٢) أنظر نقض مدني فرنسي ١٨٩٣/١١/١٧ - داللوز ١٨٩٤ - ٢ - ٥٢٢ - ١٩٠٩/٦/٢٨ - سيريه ١٩١٥ .

أ - يجوز الاتفاق علي الاعفاء من الضمان اذا كان صاحب العمل لديه خبرة فنية تعادل خبرة المقاول ، أو المهندس .

ب - يجوز الاتفاق علي الاعفاء من الضمان عن مخالفة قوانين البناء ولوائحه لأن صاحب العمل يعلم بتلك القوانين .

جـ - يجوز الاتفاق علي قصر الضمان علي مدة أقل من عشر سنوات ،علي أن تكون المدة المتفق عليها ليست قصيرة بحيث لاتسمح لصاحب العمل أن يكشف العيوب بحسب طبيعة العمل ومقداره .

د - الاتفاق علي الخبراء والاعفاء من الضمان لايكون باطلا ، ولكن ينتقل عبء الاثبات علي عاتق صاحب العمل .

ونذكر بهذه المناسبة اذا كان هنالك صلح بين العاقدين في عقد المقاولة قبل تحقق سبب الضمان ، فان نزول صاحب العمل مقدما وقبل تحقق سبب الضمان فان هذا التنازل يكون باطلا . وأكدت محكمة النقض المصرية علي ذلك في أحد أحكامها الشهيرة (١) فقضت " أن مقتضي مانصت عليه المادتين ٦٥١ ، ٦٥٣ مدني مصرى أن كل شرط في عقد الصلح يقصد به اعفاء المهندس والمقاولين من ضمان مالم يكن

---

(١) أنظر نقض مدني مصرى ١٩٦٧/٤/١٣ - مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٨٣٥ .

قد انكشف وقت ابرامه من العيوب التي يشملها الضمان يكون باطـــلا ولا يعتد به اذ لايجوز لرب العمل النزول مقدما وقبل تحقق سبـب الضمان عن حقه في الرجوع به " .

كيفيــة التخلص من مسئولية الضمان العشرى :ـ

لما كان الخطأ مفترض في جانب المقاول والمهندس المعمـارى فيـي هذه المسئولية . وكان ثبوت الضرر ناتجا عن هذا الخطـــأ مرتبطا معه برابطة السببية . فان المسئولية تكون قائمة علي هـــذا النحو .

ولكن هذه المسئولية سرعان ماتتبدد وتختفي في حالة اثبات انتفـــاء علاقة السببية . أى أن المقاول والمهندس يستطيعان التخلص مـــن هذه المسئولية العشرية باثبات انتفاء رابطة السببية بين الخطأ والضرر أى باثبات السبب الأجنبي الذى قد يرجـح أو القوة الظاهرة أو فعل الغيـــر أو فعل صاحب العمل .

ونظـــرا لأهمية كل من القوة القاهرة وفعل صاحب العمل فـي انقطاع رابطة السببية ، وبالتالي نفى هذه المسئولية ، فاننـــا سوف نعرض لها بشيء من التفصيل كما يلي :ـ

أ - القــوة القاهـــرة :-

من المعلوم في دراستنا للقواعد العامة في مصادر الالتـــزام وأحكامه أن القوة القاهرة التي يعتد بها فى دفع المسئولية عموما ألاتكون متوقعة أو يمكن دفعها وأن تكون قد جعلت تنفيذ الالتزام مستحيـــلا (١)

وبامعـــان النظر في عجز المادة ٦٥١ مدني أن المشرع جعــل مسئولية المهندس المعماري والمقاول قائمة حتي ولو كان سبب الهـــدم أو العيب يرجع الي عيب في الأرض ذاتها • فهذا العيب متوقع بالنسبة لهما (٢) • اذ أن من أخص واجباتهمـــا القيام بعمل الاختبارات اللازمة على الأرض التي يزمع اقامة المنشآت عليها • فاذا كانت التربة ممـــــا تهبط باعتبارها رخوة فانه يتخذ تقوية الأســـاسات عمادا لسلامة ومتانـــة وأمن البناء •

وتنص (٣) بأن هبوط الأرض نتيجة لنشع مياه الأمطـــــار حتي ولو كانت استثنائيـــة لايعد قوة قاهرة • ولايعد قوة قاهـــــرة

---

(١) أنظر د•/ محمد لبيب شنب ، ص ١٣٧ •

(٢) أنظر : استئناف مختلط ٢٢ يناير ١٩١٤ •

(٣) أنظر: استئناف مختلط ٥ مارس ١٩٠٨ •

كذلك تقلب الجو تقلبا معتادا يكون من شأنه احداث تمدد أو تقلص في البناء ـ وعلي العكس من ذلك تنص أيضا (١) أنه لايجب علي المقاول أو المهندس المعماري الضمان اذا أثبت أن العيب في الاسفلت الذى رصف به الطريق يرجع الي هبوط الشارع بسبب خلل في مجارى المياه الممتدة في باطن الأرض باعتبار أن ذلك قوة قاهرة •

وقد ذهب البعض في الفقه الفرنسي (٢) الي أنه اذا كان هناك عيب في البناء ثم تهدم بقوة قاهرة دون أن يكون للعيب دخل في هدمه فان صاحب العمل لايكون له مصلحة في الرجوع بالضمان • فان البناء كان سيهدم ولو لم يوجد هذا العيب ، فاذا ظهرت له مصلحة جاز الرجوع بالضمان • ومثل ذلك أن يكون للعيب له شأن في زيادة الضرر الناجم عن الهدم جاز أو أن شركة التأمين تحتج بذلك العيب في البناء فتدفع لصاحب العمل تعويضا أقل •

ففي هذه الأحوال يحق لصاحب العمل الرجوع ، بموجب أحكام الضمان بالمقدار الذى أصيب بضرر من جراء هذا العيب •

ب ـ خطأ صاحب العمل :ـ

الأصل أنه اذا التزم صاحب العمل بتقديم المواد اللازمة لتمام

---

(١) أنظر نقض مدني فرنسي ١٤/ ١١/١٩٠٠ ، دالloz ١٩٠١ ـ ١ ـ ١٥٢ •

(٢) أنظر بلانيول وريبير فقرة ٩٥٦ ص ٢٠٠ ، رسالة باريس، مسئولية المقاول قبل رب العمل عام ١٩١٠ ص ٦٣ جاليه •

البناء وثبت وجود الخطأ بقيمة هذه المواد المقدمه منه فلا مسئولية على المقاول أو المهندس . فخطأ صاحب العمل ينفى رابطة السببية بين الخطأ والضرر . ولكن اذا كان العيب يمكن للمقاول أو المهندس اكتشافه وتنبيه صاحب العمل اليه ، فلا شك أن المقاول أو المهندس المعمارى شارك فى هذا الخطأ ، وهنا توزع المسئولية بينهما كل بنسبة الخطأ الصادر منه .

وقد يجب خطأ المقاول خطز صاحب العمل أ العكس . وينفرد أى منهما بالمسئولية (١) .

واذا كان صاحب العمل قد صمم البناء بطريقة خاطئه أدت الى حدوث خلل أو العيب وكان فى مقدور المقاول أو المهندس اكشاف هذا العيب أو الخلل فى التصميم فا المسئولية مشتركه بينهم . أما اذا كان لايمكن اكتشافه فان خطأ صاحب العمل ينفى هذه المسئوليه .

وقد أكدت محكمة النقض المصرية هذا المبدأ فى أحد أحكامها فقضت (٢) « أن تدخل أصحاب العمل سواء بتقديم مواد معينة أو تصميمات غير صحيحية فنياً أو بفرض مواصفات غير دقيقة ومعيبة لايعفي المهندس أو المقاول من المسئولية لأنه كان من الواجب أن ينبه صاحب

---

(١) أنظر : د./ محمد لبيب شب ، ص ١٤٤ ، السهوري ، المرجع السابق ، ص ١٧٤ .

(٢) أنظر : نقض مدى مصرى ٢١ / ١ / ١٩٦٥ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ١٦ ، ص ٨١ .

العمل الي العمل المعيب • بل كان عليه الامتناع عن تنفيذ هـــــذا العمل المعيب فيقاسم المقاول أو المهندس صاحب العمل "•

وقد أشــــار المشرع المصرى في عجز المادة ٦٥١ مدنـــــي "••• ••• أو كان رب العمل قد أجاز اقامـــة المنشآت المعيبـــة ••••• •••• الخ النص " •

فهذا أمر صريح فى حالة اجازة صاحب العمل المنشآت حتى ولو كانت معيبه فانهلايوءثـــر علي نتــاج المسئولية مطلقـــا قبل المقاول والمهندس المعمارى فصاحب العمل شخص غير متخصص فنيـــا بذلك ، وبالتالي لايعتـــد بتلك الاحازه ســـواء كانت صريحة أم ضمنيـــة •• فالخطأ ثابـــت في حق المقاول لامحال في ذلك •

تقادم دعـــوى الضمان العشـــــرى :ـ

نص المشرع على هذا التقـــادم فى عجز المادة ٦٥٤ مدنـــي مصرى والتي جـــاء نصهـــا " تسقط دعوى الضمـــان المتقدمـــــة بانقضـــاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشـــاف العيب "•

وبأمعان النظر في هذا النص سالف الذكر نجد أنه يتعيــــــن علي صاحب العمل اذا اراد الرجوع بموجب أحكام الضمـــان العشــــرى علي المقاول والمهندس المعمارى أن يقـــوم برفع الدعوى في خلال ثـــلاث

سنوات تبدأ من وقت حصول الهدم او انكشاف العيب ، فاذا انقضت هذه المدة سقطت دعوى الضمان ولا يجوز رفعها ٠
ولما كانت الدعوى هي الوسيلة الوحيدة للمطالبة بهذه المسئولية فانه يتعين مراعاة هذا القيد الزمني ٠

ومما نود الاشارة اليه تطبيقا للقواعد العامة الواردة في المادة ٢/٣٨٢ مدني أن هذه المدة لاتوقف ولو كان صاحب العمل غير كامل الأهلية أو غائبا أو محكوما عليه بعقوبة جنائية حتى ولو لم يكن له نائبا يمثله قانونا باعتبار أن مدة التقادم أقل من خمس سنوات ٠ وتحسب مدة الثلاث سنوات سالفة الذكر من وقت انكشاف العيب أو حصول الهدم ٠ فاذا انكشف العيب أو حصل الهدم بعد خمس سنوات مثلا من وقت تسلم البناء كان أمامه ثلاث سنوات أخرى لرفع دعوى الضمان أي الي انقضاء ثماني سنوات تحسب من وقت تسلم البناء ٠ واذا كان الانكشاف للعيب أو الهدم في آخر السنة العاشرة من وقت تسلم البناء كان أمامه ثلاث سنوات أخرى لرفع الدعوى ٠ واذا انقضت مدة التقادم ولم ترفع الدعوى فان الجزاء ليس هو رفض الدعوى وانما هو عدم سماعها لسقوطها بالتقادم ٠
وقد أشارت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها الي هذا الجزاء فقضت (١) " ٠٠٠ ٠٠٠ الا أنه يلزم لسماع دعوى الضمان

---

(١) أنظر نقض مدني مصرى ١٩٧٣/١١/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ١١٤٦ رقم ١٩٩ ٠

الا تمضي ثلاث سنوات علي انكشاف أو حصول الهدم أو العيب فاذا انقضت هذه المدة سقطت الدعوى بالتقادم • وعلي المتمسك بالتقادم عبء اثبات انكشاف العيب أو الهدم بعد مضي هذه المدة القانونية التي لاتقبل الوقف وأن الدعوى من ثم أقيمت بعد مضي الثلاث سنوات المذكورة " •

ومما نود التنبيه اليه أن المقصود بالدعوى التي تسقط بالتقادم هى الدعوى الموضوعية وليست الدعوى المتعلقة باثبات الحالة الواردة في المادة ١٣٣ اثبات مصرى (١) •

التضامن في المسئولية الناشئة عن الضمان العشرى :ـ

لما كانت المادة ٢٧٩ /١ مدني جاء نصها " أن التضامن بين الدائنين أو المدينين لايفترض وانما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون " •

ومن ثم جاء نص المادة ١/٦٥١ مدني " يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين مايحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو

---

(١) أنظر محكمة باريس ١٩٤٤/١١/٢٠ ـ ١٧٥ مشار اليه في شنب، ص ١٤٦ هامش ٢ •

حزئـــي فيما شيدوه من مبان ٠٠٠٠٠ الخ النص " ٠

ويفهم من هذا النص الأخير أن المشرع اوجب مسئولية تضامنيـــة بنص القانون بين المهندس المعمارى والمقاول في مجال أعمال البنـــــاء ٠ ومن ثم يستطيع صاحب العمل أن يرجع علي كليهمـــا معا بالمسئوليـــة ٠ ويجوز لصاحب العمل أن يرجع علي المهندس وحده أو علي المقــــاول وحـــده ويحكم القاضـــي بالرجوع علي من رجع عليه صاحب العمــــل عن كل الضـــرر الذى عـــاد علي صاحب العمل دون توزيع للمسئوليـــة ٠

والقاضي مقيد بالطلبات حسب القواعـــد العامة في قانون المرافعات المدنية والتجاريـــة ٠ وفي حالة الرجـــوع عليهمـــا متضامنين فانـــه يجوز لصاحب العمل أن ينفذ التعويض ضـــد أى واحد منهما أو ضدهما معـــا ٠

والأمـــــر علي خلاف ذلك في التشريع الفرنسي ٠ فلم ينص المشــــرع الفرنسي علي قواعد التضامن في هذا المجال اذ لاتضامن في المسئوليـــة العقدية الا بنص ولكن القضـــاء الفرنسي (١) فوصـــل الى نفــــس النتيجـــة التي نص عليهـــا المشرع المصرى بتقرير المسئولية التضاميـــة بين المهندس والمقاول ٠

---

(١) أنظر : نقض مدني فرنسي ١٤/١٠/١٩٥٨ مجموعة أحكـــــام النقض الفرنسي ١٩٥٨ ـ ١ ـ ٣٤٢ ٠

ويثور التساؤل حول توزيع أو انقسام المسئولية بين المهندس المعماري أو المقاول ؟...

ويمكن صياغة هذا التساؤل في صورة أخرى هل يجوز رجوع المهندس أو المقاول كل منهما علي الآخر ؟ .

بادىء ذي بدء .. ننوه الي أن التضامن في الضمان الفرنسي قاصر علي علاقة المهندس والمقاول في مواجهة صاحب العمل فقط ولا تضامن في علاقة المهندس المعماري بالمقاول (١) .

فاذا باشر صاحب العمل دعواه بالضمان خلال المواعيد القانونية وانعقدت المسئولية التضامنية دون أن يثبت الخطأ في حق أي منهما فان المسئولية تقسم بينهما بالتساوي أي يلتزم كل منهما بنصف التعويض المقضي به .

ولكن اذا ثبت أن الخطأ راجع الي فعل المهندس كما لو كان هناك عيب في التصميم ، وكان هذا العيب غير ظاهر يستحيل علي المقاول اكتشافه ، فان المسئولية تقع علي عاتق المهندس فقط . وان كان هذا لايمنع صاحب العمل من الرجوع عليهما متضامنين .

---

(١) أنظر د. / محمد لبيب شنب ص ١٤٣ .

ويحق للمقاول اذا دفع شيئاً م التعويض أن يرجع علي المهندس المعماري بذلك . فغير المخطيء يحمل المخطيء المسئولية كاملة .

وهذا يفسر جواز رجوع اى من طرفا الضمان العشرى على الآخر .

والعكس صحيح أيضا اذا كان الخطأ راجعاً الى فعل المقاول كما لو اتضح أن الضرر ناشئ عن استخدام المقاول مواد معيبة بعيب خفى يستحيل المهدس إكتشافه فان المقاول وحده هو الذى يتحمل عبء التعويض . فاذا كا المهندس هو الذى تحمل تبعة المسئولية ودفع التعويض يجوز له الرجوع على المقاول بما دفع .

ولنا أن نضع تساؤلا أخر عن ماكيفية رجوع طرفا الضمان العشرى كل منهما تجاه الآخر ؟.

ننوه أولاً أنه لاتوجد علاقه عقديه بين طرفي الضمان العشرى المهندس المعمارى والمقاول ، ومن ثم لايكون رجوع أحدهما تجاه الآخر بناء على المسئوليه العقدية . وإنما يكون الرجوع بناء على أحكام المسئوليه التقصيرية أى المسئوليه التقصيريه عن الأعمال الشخصية أى اثبات خطأ الآخر ، فعلى من يدعى أن الضرر ق نشأ بخطأ الآخر أن يثبت هذا الخطأ ، والطرف الذى يرجع على الآخر يرجع بموجب

دعوى الحلول طبقـــا للمــادة ٣٢٧ مدني ، أى طبقـا للقواعـــد العامـــة في الوفـــاء مع الحلـــول • فالطـــرف الذى يرجع يحـــل محل صاحب العمل في حقوقـــه بنص القانون طبقـــا للمـــادة ١/٣٢٦ مدنـــي •

الفرع الثاني

ضمان المقاول من الباطن

الإلتزام بضمان سلامة العمل (١) : -

ذهب البعض (٢) إلى أن الإلتزام بالسلامة إذا لم يكن له وجود كالتزام عقدى ، فانه يقوم كالتزام قانونى .

فكل شخص يسلك سلوكاً اجتماعيا مايلتزم بأن لايلحق الغير ضرراً غير مشروع بفعله أو فعل الأشخاص أو الأشياء التى يتحمل مسئوليتها . وأحيانا يكون ذلك الإلتزام أشد من الإلتزام العقدي .

ويحق لنا أن نطرح هذا التساؤل في مجال البحث هل يقع على عاتق المقاول من الباطن المسئولية الناشئة عن الضمان العشرى الوارد فى المادة ٦٥١ مدنى ؟ .

---

(١) أنظر د./ محمود جمال الدين ذكي ، مشكلات المسئولية المدنية ، ص ٢٢٨ في مقاولات التشييد والبناء لايوجد التزام عقدي بالسلامة . فالقول بوجود التزام عقدي بسلامة رب العمل فانه لايقوم في علاقته مع المقاول من الباطن فلا عقد بينهما .

(٢) أنظر د./ مصطفي الجارحي - عقد المقاولة من الباطن ، دراسة مقارنة ، ١٩٨٨ ، ص ٦٨ .

ذهب جموع الفقه (١) الي أن الضمان العشرى قاصر علي المقاول الآصلي والمهندس المعمارى نظرا لصراحة النص، فانه لايجوز اتخاذ الهدم اللاحق أو ظهور خلل يهدد متانة البناء أو سلامته قرينة علي وجود عيوب يضمنها المقاول من الباطن لأن مثل هذه القرينة لم ينص عليها المشرع الا بالنسبة لحارس البناء وبعد التسليم لايكون المقاول من الباطن حارسا • ونص عليها المشرع بالنسبة للمقاول الخاضع لقرينة المادة ٦٥١ مدني والمقاول من الباطن لايخضع لها • واذا تعدد المقاولون من الباطن فانه يجب آن يثبت وجود العيب في الأعمال التي قام بها المدعي عليه ، الا اذا كانوا متضامنين • ومن ثم فانه يمكن القول أن المقاول من الباطن لايخضع لهذا الضمان العشرى ، وانما يخضع للضمان الناشيء عن العقد المحرر مابينه وبين المقاول الآصلي • وتخضع للقواعد العامة • فيكون المقاول من الباطن ضامنا للمدة التي يحددها الاتفاق أو جرى العرف عليها بشرط عدم زيادتها عن خمسة عشر سنة • وهذه المدة مدة سقوط (٢) •

---

(١) أنظر د • / ناجي ياقوت ص ٢٧٥ — محمد شكرى سرور ، ص ٢٢٧ — مصطفي الجارجي ص ٦٢ — السنهورى ص٢١٩ •

(٢) أنظر د • / السنهورى ص ٢٢٥ •

وتسرى هذه المدة من تاريخ التسليم ، ولكن اذا ظهر العيب فان دعوى الضمان تسقط بمضي ثلاث سنوات طبقا للمادة ٦٥٤ مدني واذا وصلنا الي أن المقاول من الباطن يقع علي عاتقه التزام بالضمان العقدى فما نطاق هذا الضمان .

وهذاماسنتولي تفصيله كما يلي :-

نطاق الالتزام بالضمان بالنسبة للمقاول من الباطن :-

لما كان الالتزام بضمان سلامة العمل يمكن أن يكون التزام ببذل عناية أو تحقيق غاية معينة حسب طبيعة محل الالتزام ، فان نطاق هذا الالتزام يتسع لبحث ضمان الاضرار الناشئة عن استخدام المواد والتنفيذ المعيب ، كما يشمل الاضرار الناشئة عن العيوب التي تهدد سلامة ومتانة البناء .

وسوف نعرض لكل منهما علي النحو التالي :-

أولا : ضمان الاضرار الناشئة عن استخدام المواد والتنفيذ المعيب :-

أنه مما يوءثر علي سلامة العمل أن استخدام المواد علي غير النحو الوارد في أصول المهنة أو الحرفة أو الأصول

الفنيـــة • وهذا الالتـــزام ببذل عنايـــة (١) وليس بتحقيـــق نتيجـــة• فالمقاول من الباطـــن لايسأل عن انحرافـــه عـــن مسلك الرجـــل المعتيـــاد في استخدام المواد • فيجب علي المقـــاول أن ينفـــذ العقد بحسن نيـــة طبقـــا للمادة ١٤٨ مدنـــي فاذاكشف عيبـــا في المواد المستخدمة في صناعـــة البنـــاء الـــذى يتولـــي انشائـــه فانه يجب عليه اخطـــار المقاول الأصلـــي ولـــو أن يمنـــع عن استخدام هذه المواد حتي ولو أصـــر المقاول الأصلـــي علي استخدامهـــا •

وفي هذه الحالـــة اذا أصـــر المقاول الأصلـــى علي الاستخدام للمـــواد المعيبـــة فان خطـــأه يجـــب خطـــأ المقاول من الباطـــن • وكذلك الحال في حالـــة عدم سلامـــة الأرض للبنـــاء اذا كانـــت مقدمه من المقـــاول من الباطـــن • فان التزامه يكون التـــزام بنتيجـــة وليس ببذل عنايـــة• واما بالنسبة لعيوب التنفيـــذ التصميم فان المقاول من الباطـــن يسأل عنهـــا طبقـــا للقواعـــد العامة أيضـــا اذ أنهـــا من مستلزمـــات العقد من أنه يجـــب تنفيذ العقد بحسن نيـــة • فاذا كشف المقاول من الباطن عيـــوب التصميم وتركهـــا أو لم يتسطع اكتشافهـــا بسبب اهماله أو تصـــوره الفنـــي ، فانه يتحمـــل مغبـــة عمله •

---

(١) أنظر د•/ السنهوري ، الوسيط جـ ٧ ص ٢٢٩ " ••• عيـب في الصنعة ، نقص في أصول الحرفة بأن يكون مسئولا عنه "•

ونذهب مع البعض[١] الي أنه بالنسبة لعيوب التصميـــم فان المهندس هو الذى يتولاهـــا ويعلم بحقيقتهـــا الفنية • ومـــن ثم فان خطيئـــه يستغرق خطـــأ المقاول من الباطن •

ثانيـــا : ضمان الأضـــرار الناشئـــة عن عيوب تهدد متانـــة وسلامـــة البنـــاء :ـ

ذهب البعض[٢] الي أنه بالنسبة للمقـــاول من الباطـــن لايعتبر ظهـــور عيب يهـــدد سلامـــة ومتانـــة البنـــاء في ذاتـــه عدم تنفيذ وليس قرينـــة علي ذلك أيضـــا بالنسبة للمقاول الأصلـــي والمهندس علي النحـــو الوارد في المادة ٦٥١ مدني • بتنفيذ الالتـــزام بضمان عدم تهدم المبني خلال فترة الضمـــان العشرى نعدم ظهـــور هذه العيوب يعتبر التزاما بنتيجـــة بحيث يكون الهدم أو ظهور العيـــب هو الخطـــأ ذاته والضرر ذاته وليس مجرد قرينـــة علي الخطأ السابـــق في عملية التشييد • ولو قيـــل بأنهـــا قرينـــة فان المسئوليـــة لايمكن التخلص منهـــا الا باثبـــات السبب الأجنبـــي • ومن ثـــم فان المقاول من الباطـــن لايعتبر الهدم أو ظهـــور العيب خطـــأ فـــي

---

(١) أنظر د٠/ مصطفي الجارجي ـ المرجع السابق ـ ص ٦٧ •

(٢) أنظر د٠/ مصطفي الجارجي ـ المرجع السابق ـ ص ٦٨ •

ذاته ولا مجرد قرينة علي هذا الخطأ • وانما يجب اثبات المسئولية طبقا للقواعد العامة •

المبحث الثاني

التزامات صاحب العمل

تمهيد :-

من المعلوم سلفا أن عقد المقاولة من العقود التبادلية ، فكل طرف من طرفيه عليه التزام وله حق • ومن هنا يعد بحث التزامات المقاول والمهندس المعماري باعتبارهما الطرف الأول في عقد المقاولة ، فانه قد حان الأوان لبحث التزامات صاحب العمل • ومن ثم فان هناك العديد من الالتزامات التي تقع علي عاتق الأخير منها :

الالتزام بتسهيل ماهو ضروري لانجاز العمل المطلوب من المقاول والمهندس المعماري •

الالتزام بتسلم العمل الذى تم انجازه •

الالتزام بالوفاء بالأجر مقابل هذا العمل •

ولما كان كل التزام يحتاج الي مزيد من التفصيلات الهامة • فاننا سوف نخصص لكل منهما مطلب خاص به علي النحو التالي :-

المطلب الأول

التزام صاحب العمل بتسهيل ماهو ضروري لانجاز العمل المطلوب

تمكين المقاول من اتمام العمل :-

مقتضي عقد المقاولة أن يقوم المقاول بالبناء أو التشييد أو الترميم أو الصيانة ، وهذا يرتبط بكون صاحب العمل مكلفا باحضار المواد اللازمة لانشاء المبني وتصميمه أو ترميمه أو استخراج الرخص اللازمة لذلك أو توريد مواد البناء مطابقة للمواصفات أو تقديم المواد أو المعدات أو الآلات في الزمان والمكان المتفق عليه في العقد •

فهنا يجب علي صاحب العمل أن يبذل مافي ذخره من امكانيات لاتمام العمل المطلوب انجازه (١) • أي يبذل قصاري جهده للمضي في

---

(١) أنظر د•/ السنهوري - الوسيط - ج ١ ص ١٨٠ •

تنفيـــذ عقـــد المقاولـــة والا أعتبر متحملا لتبعة المسئولية • وقـــد قضت محكمـــة النقض في هـــذا الصدد في أحـــد أحكامها (١) :

" أن تأخر رب العمـــل فى عقد المقاولـــة في الحصول علي التراخيـــص اللازمة لبـــدء العمل والمضى في تنفيذه حتي تمامه هو اخلال بالتـــزام عقدى ويعتبر خطـــأ في ذاته موجب للمسئوليـــة لايعفى منه الا باثبات السبب الأجنبي " •

وخلاصـــة القـــول : أن صاحب العمل يلتزم بازالـــة الصعـــــاب أمام المقاول للمضي في تنفيذ عقد المقاولـــة • واذا لم ينصاع صاحب العمـــل في قيامه بذلك الالتزام • فان المقاول يستطيـــع مطالبته بالتنفيذ العينـــي بشرط ألا يكون مستحيلا • واذا كـــان في طلب التنفيذ العينـــــي مما يوجب التدخل الشخصي لصاحب العمل فانه يلجـــأ الى قاضـــي الدعوى للحكم عليه بالغرامـــة التهديديـــة •

ويمكن للمقاول احضار المواد والآلات علي نفقته بدون استئذان القضـــاء المستعجل في حالة الاستعجال والحظر • أما في غير هذه الأحـــوال فلا بد من الحصول علي اذن القضاء مشروطا باستعمال الاعذار لوضـــع صاحب العمل وضع المقصـــر في تنفيذ الالتزام • وبدلا من التنفيذ العيني يستطيع المقاول طلب فسخ العقد مع التعويض في كل الأحوال طبقـــا

---

(١) أنظر نقض مدني ١٩٧٢/٦/١ — مجموعة أحكام النقض ١ ســـنة ٢٣ ص ١٦٦ •

للمادة ١٥٧ مدني • ولكن القاضي يقدر طلب الفسخ اذا رأى مبررا لذلك بامهال صاحب العمل بتنفيذ المطلوب منه • وقد أخذ القانون المدني الكويتي في المادة ٦٧١ منه بهذه النتيجة • وجاء النص على أنه " اذا كان تنفيذ العمل يقتضي من رب العمل أن يقوم بأداء معين ولم يقم به في الوقت المناسب جاز للمقاول أن يكلفه بأدائه خلال أجل معقول ويحدده • فاذا انقضى الأجل دون أن يقوم صاحب العمل بالتزامه جاز للمقاول أن يطلب فسخ العقد دون اخلال بحقه في التعويض ان كان له مقتضى " •

واذا قام صاحب العمل بتنفيذ التزامه ولكن بعد الوقت المحدد له أي تأخر في تنفيذ الالتزام مما لحق معه والحال كذلك ضررا أكيدا بالمقاول ، فان الأخير يحق له طلب التعويض عما لحقه من ضرر ولكن ذلك مشروط باثبات تقصير صاحب العمل بوجوب التنفيذ (١) •

---

(١) أنظر د• / محمد لبيب شنب ، ص ١٥٠ •

المطلب الثانـي

الالتزام بتسلـــــم العمـــــل

النص التشريعـــــي :ـ

ورد النص علي هذا الالتزام في عجز المادة ٦٥٥ مدني مصـــرى التي جـاء نصهـــا " متي أتم المقاول العمـل ووضعه تحت تصـرف صاحب العمل وحب علي هـــذا الأخير أن يبادر الي تسلمه فـي أقـرب وقت ممكن بحسب الجارى في المعاملات ، فـاذا امتنع دون سبب مشروع عن التسليم رغـم عودته الي ذلك بانذار رسمي اعتبر أن العمل قد ســـلم اليه ؟ •

بامعـــان النظـــر في هذا النص نجد أن الالتزام بالتسلــــم هو الالتزام المقابل للتسليم في جانب المقاول ، فكمـــا الزم المشـــرع المقاول بتسليم العمل من المكان المشغول به ألزم رب العمل بتسلمــه أيضـــا (١) .

وكمـــا سبق القول أن التسليم يتم بوضع الشيء المصنــــوع محل العقد تحت تصرف صاحب العمل لكي ينتفع به دون عائق حتـــي ولو لم يتم الاستيلاء عليه ماديـــا • ويتم تسلم العمل بالاستيــــلاء

---

(١) أنظر د• / محمد لبيب شنب ص ١٥١ •

عليه فعلا • ولما كان المشرع لم يوضح أحكام التسلم في عقد المقاولــة فانه لا مفر من اللجــوء الي القواعد العامة الواردة فى المادتيــــن ٣٣٦ ، ٣٣٧ مدني •

ومن ثم نستعرض فيما يلــي أحكــام التسلم للعمل الذى تم انجـــازه علي النحـــو التالي :ـ

أحكــام الالتزام بتسلــم العمــــل :ـ

١ ـ زمــان ومكــان التسليــم :ـ

بادىء ذى بـــدء ننوه الى أن التسلم لايرفع مسئولية المقاول (١) عن عيوب عمله الا اذا كان يفيد في نفس الوقت معني قبول العمل بـدون تحفظ • ويكون التسلم وفقـا للميعاد المتفق عليه أو في الميعاد المعقول لاتمام العمل طبقا لطبيعة العمل وعرف الحرفــة (٢) •

وفي جميع الأحوال يجب أن يقــدم صاحب العمل بتسلــم العمل محــل عقد المقاولة بمجرد أن يتمم المقاول هذا العمل ويضعه تحت تصرفـــه• وعادة مايكون التسلم مكان التسليم • ففى العقد يسلم العقار في المكـــان

---

(١) أنظر د•/ محمد لبيب شنب ، ص ١٥٢ •

(٢) أنظر د•/ السنهورى ـ المرجع السابق ـ ص ١٨٩ •

الذى يوجد فيه هذا العقار وهو غالبا موطن التسليم • واذا كـــان العمل المطلوب هو منقول ولم يوجد اتفاق علي مكان وزمان التسليـــم، فانه يتم في موطن المقاول أو المكان الذى يوجد فيه مركز الأعمـــال • علي أنه يشترط لتمام التسلم أن يكون العمل متفقا مع الشروط والمواصفـات المتفق عليها • واذا لم يكن هناك شروط محدده فانه يتم طبقا لأصـول الصنعـــة •

٢ – نتائج الالتزام بالتسلــم :–

يترتب علي الالتزام بالتسلم العديد من النتائج نوجزها كما يلي:–

أ – انقضـاء ضمـان العيوب الظاهـرة :–

بتمام التسلم أى قبول العمل من جانب صاحبه فـــان المقاول لايضمن العيوب الظاهرة التي يمكن اكتشافها بالفحص المعتاد •

ب – انتقال التبعة علي عاتق صاحب العمل :–

منذ تحقق أثر الالتزام بالتسلم فانه تبعـة المسئولية تنتقـل من عاتق المقاول الي صاحب العمل باعتباره قد وضع يده علي العمـــل وأستولى عليه ماديـا •

جـ - وجوب الوفاء بالأجـــرة :ـ

اذا تم تسلـــم العمل الي صاحب العمــل فانه يقع علي عــ التزام بالوفـاء بالأجرة اذا كان هنـاك اتفاق علي غير ذلك أو طــــر داعي لاستعمال سلطــة الحق في حبس الأخير .

الاخلال بالالتزام بالتسلم :ـ

رســم المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة ٦٥٥ مدني سالفة الذكر الطريق أمـام المقاول اعذار صاحب العمل بالطريق الرسمـــي على يـــد محضر وذلك بانـــذاره فان العمل المطلوب تم انجـازه فانه يضعه تحت سلطـــة صاحب العمل لكي ينتفع به دون عائـــق فاذا تم هذا الاعذار فان التسليم لصاحب العمل يعتبر أنه قد تـــم حكمـــا ، وهذا واضح وصريح من العبارة الواردة في النص سالـــف الذكر " ... ... أعتبر أن العمل قد سلم اليه " . أي أن التسليم قد تم حكمـــا .

وذهب الفقــه الي أنه (١) يترتب على هذا التسـ الحكمـــي كافة النتائـــج التى تترتب علي التسلم الفعلي الحقيقي .

فالشيء المصنوع ينتقل ملكيته الي صاحب العمل . وينـ ـع الأمـــر

---

(١) أنظر د. / السنهوري - الوسيط - جـ ٧ ...

وينتقل تحمل التبعة . وينقضي ضمان العيوب الظاهرة بالنسبة للمقاول . ماعدا العيوب الخفية . ويمكن للمقاول بدلا من ذلك اللجوء الى اجراءات العرض الحقيقي والايداع الواردة في المواد ٣٣٤ ، ٣٣٧ مدني .

واذا كان الشيء المصنوع سريع التلف أو تقتضي حراسته وحفظه نفقات باهظة فان المقاول يستطيع الحصول على اذن من القاضي ببيع هذا الشيء بالمزاد العلني أو بالممارسة أو بسعر السوق اذا كان له سعر معلوم . ثم يودع الثمن خزينة المحكمة على ذمة صاحب العمل .

وقد يجد المقاول في مصلحته التمسك بفسخ العقد نظير امتناع صاحب العمل عن تسلم هذا العمل ،وسواء تمسك المقاول بالفسخ أو التنفيذ العيني فله طلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب اخلال صاحب العمل بتسلم العمل .

---

(١) أنظر د./ محمد لبيب شنب ـ ص ١٥٤ .

المطلـــب الثالـــث

الالتـــزام بدفـــع الأجـــرة

النص التشريعـــــي :ـ

تحدث المشـــرع عن الأجـــرة مقابل العمل في عقـــد المقاولـــة في العديد من لانصوص ، ونذكر كما يلى :ـ

فجـــاء نص المـــادة ٦٤٦ مدنى " ... ... أن يوءدى عملا لقـــاء أجـــر يتعهد به المتعاقد الآخـــر " .

وجـــاء نص المادة ٦٥٦ مدني " يستحق دفع الأجـــــرة عند تسلم العمل الا اذا قضـــي العرف والاتفاق بغير ذلك " .

وجاء نص المادة ٢/٦٦٠ مدني " ... ... فـــان لم يحدد العقد هذه الأجـــور وجب تقديرها وفقا للعرف الجارى ".

يتضح من السياق التشريعى - سالف الذكر - أن الأجر عنصر هام في عقد المقاولـــة باعتباره من عقـــود المعاوضة بحيـــث اذا لم يكن الأجـــر عنصرا فيه فانه يعتبر من عقـــود التبـــــرع (٢) .

---

(١) أنظر د. / محمد لبيب شنب ص ١٧٤ .

وقد وضع المشرع في صياغة عامة أحكام الأجر .
ومن ثم ابتداء هذا الشمول ، فاننا سوف نتعرض لأحكام الأجر كما يلي :ـ

أولا : تحديد الأجرة :ـ

تعتبر الأجرة ركن من أركان عقد المقاولة (١) ، والا يعتبر العقد بدونها عقدا غير مسمى فلا بد من الاتفاق على وجود الأجر ذاته . ولايشترط تحديد مقداره .
ويمكن أن يكون الاتفاق صريحا أو ضمنيا يستخلص من ظروف التعاقد ، وخاصة أهمية العمل الذى يضع ومهنة المقاول .
وقد تكفل المشرع ببيان ضرورة وجود الأجر بالنسبة للمهندس المعمارى في المادة ٦٦٠ مدني . وكذلك قانون المحاماه .
وفي عموم القول لابد من أن يكون أصحاب المهن الحرة مثل الطبيب أو المحامي والمحاسب مأجورين اى يكون عملهم مقابل أجر محدد سلفا . ويشمل الأجر ملحقات تعتبر توابع له مثل نفقات دفع الأجر . فاذا كان الأجر يقتضي نفقات خاصة فان على صاحب العمل دفع هذه النفقات بمصروفات الحوالة اذا كان الدفع بطريق الحوالة فيتحملها

---

(١) أنظر د./ السنهورى ـ الوسيط ج ٧ ص ٢٠٢ ، طبعة عام ١٩٨٩ ، نادى القضاه .

صاحب العمل ونفقات فحص الحساب كذلك . ويعتبر من الملحقات التابعة للأجر العوائد . ويطبق عليها القواعد العامة (١) .

واذا لم يحدد الأجر سلفا وجب الرجوع في تحديده الي قيمة العمل ونفقات المقاول . واذا حدث خلاف علي تحديد ومقدار الأجر ، فان القاضي يعين مقداره مسترشدا بعنصرين هما :-

أ - قيمة العمل الذي تم .

ب - ما تكبده المقاول من نفقات في انجاز العمل .

وتعيين القاضي مقدار الأجر بهذه الوسيلة هو مسألة موضوعية لاتدخل في نطاق الرقابة القضائية لمحكمة النقض (٢) .

واذا تعدد أصحاب الأعمال فلا تضامن عليهم في الوفاء بالأجرة . بل يقسم الدين عليهم كل بقدر حصته .

---

(١) أنظر المادة ٢٢٦ مدني لاتستحق الفوائد الا من تاريخ المطالبة القضائية بها .

(٢) أنظر نقض مدني ١٩٨٨/٣/٤ منشور في مجلة القضاة الفصلية عام ١٩٨٧ جـ ١ .

واذا لم تكن حصصهم محددة فان الدين يقسم بالتساوى •

ثانيـا : طرفـا الوفـاء بالأجـر :

يقصـد بطرفـا الوفـاء الدائـن والمدين • فالدائـن هو المقاول الذى أجـز العمل ، واذا توفـي فان الوفـاء يكون للورثـة أو الخلـف الخاص •
واذا كانت الأجـرة محولـة الي الغير فـان الوفـاء الصحيـح يكون كمحال له •
أمـا المدين بالأجـرة فهـو صاحب العمل الذى تعاقد مـع المقاول • واذا كان أصحاب الآعمـال أكثر من واحد فلا تضامـن كما سبق القـول بينهـم فـي الوفـاء بالآجـرة • ويلتزم كـل واحد بدفـع الأجـرة المقابلة للحصـة التي تخصه ، واذا لـم تحدد الحصص أو اذا تعذر تحديدهـا فان الأجـرة تقسـم بالتساوى بينهم •

كـل هذا مالم يكن هناك اتفاق صريح أو كتابى يقضى بغيـر ذلك (١) •

---

(١) أنظر د٠/ محمد لبيب شنب - ص ١٥٧ •

ثالثـــا : زمـــان الوفـــاء بالأجـــــر :_

أ _ زمـــان الوفـــــاء بالأجـــــرة :_

تنص المـــادة ٦٥٦ مدني " يتسحق دفـع الأجـــــرة عندتسلم العمل الا اذا قضـــي العرف أو الاتفاق بغيـــر ذلك " ٠

بامعـــان النظـــر في هذا النص نجـد أن وقت الوفـــــاء بالأجـــرة يكون عند تسلم العمل من جانب صاحب العمل ويطلـب أن يكون هناك اتفاق فى عقـــد المقاولـــة على مواعيد دفـــــع الآجرة ٠ فكثيرا مايتم الاتفـــاق في عقد المقاولة علي أن يدفـــع صاحب العمل جزء من الأجـــر مقدمـــا قبل البدء في التنفيـــذ ثم يدفـــع الباقـــي علي أقســاط يتم دفـــع القسط عقب اتمـــام جزء من العمـــل أو عقـب انتهـــاء فترة زمنيـــة محددة ٠ واذا لم يوجـــد اتفـــاق فى العقـــد فانه يتم اللجوء الي قواعـــد العرف ٠ فيتم الرجـــوع الي عـــرف الصنعـــة لتحديد وقـــت الوفـــاء ٠

واذا لم يوجـــد عرف يتم تطبيق القواعد العامة الـــواردة في المادة ١/٣٤٦ مدنـــي التي يتم الوفـــاء فورا بمجرد ترتيـب الالتزام نهائيـــا في ذمـــة المدينـــ مالم يوجـــد اتفاق أو نـــص

يقضي بغير ذلك " .

ولكن ينبغي القول أن هناك نص خاص يخالف هذه القواعد العامة .

وهذا النص هو المادة ٦٥٦ مدني محل التطبيق . اذا القواعد العامة الواردة في المادة ١/٣٤٦ مدني تتحفظ بقولها :

" مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك "

وقد وجد نص خاص هو المادة ٦٥٦ مدني . فالمعول عليه في عقد المقاولة خاصة أم الأجرة تدفع موخرا وليس مقدما . وعند تسلم العمل فجوهر العقد هو تعهد المقاول بانجاز عمل معين في مقابل أجر محدد وبمجرد تمام العقد يصبح المقاول دائنا بالأجرة وصاحب العمل مدينا بالوفاء بها . واذا لم يقم المدين وهو صاحب العمل بالوفاء بالأجرة فان الآجرة تظل دينا في ذمته لاتسقط الا بمضي خمسة عشر عاما من وقت استحقاق الآجرة .

ولا تنطبق الأحكام العامة في التقادم علي هذه الأجرة (١) .

---

(١) أنظر المواد : ٣٧٦ ، ٣٧٨ مدني . الأولى خاصة بالتقادم الحولي ، والثانية بالتقادم الخمسي .

ب) مكان الوفاء بالأجرة :ـ

باستعراض النصوص الواردة في القانون المدني والخاص بأحكام عقد المقاولة لم نجد بها نصا يشير من قريب أو بعيد إلى مكان الوفاء بالأجرة . ومن ثم فإن الغالب الأعم أن يكون الوفاء بالأجرة في المكان الوارد بالاتفاق في العقد وإذا لم يكن هناك اتفاق فإنه يتم الرجوع إلى العرف.

وقد جرى العرف في احكام المقاولية أن يكون دفع الأجرة في المكان الذي يقوم فيه المقاول بتسليم العمل الى صاحب العمل . واذا لم يتم التوصل الى اتفاق أو عرف لتحديد مكان الوفاء بالأجرة فلا مناص من الرجوع الى احكام القواعد العامة الواردة في المادة ٣٤٧ مدني والتي تقضي بأنه اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات فإنه يجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام مالم يكن هناك اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك . أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين اذا كان الالتزام متعلقا بهذه

الأعمال ، فإذا كان الأجر شيئا معينا بالذات، فإن مكان وجود الشيء هو مكان الوفاء بالأجرة ، أما اذا كانت الأجرة من المثليات فإن الوفاء يكون فى موطن صاحب العمل أو مركز أعماله اذا كانت المقاولة متعلقة بهذه الأعمال . واذا غير صاحب العمل موطنه بعد ابرام العقد فإن الموطن السابق يكون مكان الوفاء بالأجرة(١) .

رابعا : تعديل الأجرة باتفاق المتعاقدين :ـ

من المقرر طبقا للقواعد العامة أنه لايجوز لأى من طرفى العقد تعديل العقد أو شرط من شروطه بالارادة المقررة ، ولكن يجوز الاتفاق على تعديل الأجرة ويكون هذا الاتفاق بمثابة عقد تنطبق عليه القواعد العامة من حيث الانعقاد والاثبات والصحة وهذا ينطبق على تعديل الأجر المحدد على أساس المقايسة بسعر الوحدة فيجوز للمتعاقدين الاتفاق على تعديل الأجر المحدد على أساس ولايشترط فى هذا الاتفاق شكل خاص مع ملاحظة وجب كتابة تعديل الأجرة اذا كان الاتفاق مكتوبا

---

(١) انظر د./السنهورى الوسيط ، جـ٧ ص ٢٤٦ المرجع السابق .

ذلك أن تعديل الأجر يعتبر اتفاقا يجوز ما اشتمل عليه دليل كتابى فلايجوز الاثبات بالبينة . وهذه هى القاعدة الأساسية إلا هناك استثناءات على تلك القاعدة تنحصر فيمايلى :-

أ) أورد المشرع استثناء على القاعدة العامة سابقة الذكر فى المادة ٦٥٧ مدنى والتى تقضى بأنه يجوز زيادة الأجرة إذا كانت قد تمت بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة . وذلك اضطر المقاول الى مجاوزة المقايسة مجاوزة محسوسة .

ب) كما أورد أيضا فى المادة ٦٥٨ مدنى والتى تنص بأنه اذا كان الاتفاق على أجر اجمالى على أساس تصميم معين فلايجوز زيادة الأجرة الا اذا حصل فى التصميم تعديل أو اضافة ، وكان ذلك راجعا الى خطأ صاحب العمل أو الا اذا انهار التوازن الاقتصادى بين الالتزامات لصاحب العمل والمقاول بسبب حادث استثنائى عام .

ج) أما الاستثناء الثالث ورد فى المادة ٦٦٠ مدنى مصرى والتى تنص بأن أجرة المهندس المعمارى يجوز انقاصها فى حالة مالم يتم العمل بموجب التصميم الذى وضعه .

خامسا : ضمانات الوفاء بالأجرة :ـ

يقصد بضمانات الوفاء بالأجر ضمانات دفع الأجرة فإذا أخل صاحب العمل بالتزامه المتعلق بدفع الأجرة فإنه يجوز للمقاول إما أن يطلب التنفيذ العيني على نحو ماسلف مع التعويض عن القدر الذى عاد عليه أو أن يطلب التنفيذ بطريق التعويض، اذا استحال التنفيذ العيني ، وله أيضا حق فسخ العقد مع التعويض أيضا ٠ ولكن ايذاء هذه القواعد العامة قد يصعب معه تنفيذها فإن التنفيذ العيني له شروط خاصة والتنفيذ بطريق التعويض أي بمقابل له مشاكله الخاصة من حيث اجراءات الحجز والاستحقاق ، وكذلك الفسخ فقد لايجيب القاضي المقاول لذلك ويمهل صاحب العمل في دفع الأجرة ٠ ومع هذه العثرات فإن هناك من الضمانات القوية التى تجبر صاحب العمل على تنفيذ الالتزام بدفع الأجرة وهي الواردة في المواد : ١/٢٤٦ مدني والخاصة بحق الحبس ـ المادة ١١٤٠ مدني حق امتياز مصروفات الترميم والصيانة ـ ١١٤٨ مدني والخاصة بامتياز المقاول والمهندس للمبالغ المستحقة لهم في أعمال التشييد والبناء والترميم وسوف نعرض لها تفصيلا كما يلي :ـ

أ) الحق في الحبس :-

ورد هذا الضمان في المادة ١/٢٤٦ مدني والتي جاء نصها " لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع في الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كافي للوفاء بالتزامه هذا ".

وينطبق هذا النص على أحكام الأجرة في عقد المقاولة نجد أنه يجوز للمقاول أن يحبس ما بيده من عمل سواء كان هو الذي قدم مادة العمل أو قدمها صاحب العمل نفسه [١] وكذلك الأدوات والمهمات فيقف تنفيذ التزامه بالتسليم الى حين استيفاء الأجرة ، ولما كان الحق في الحبس طبقا للقواعد العامة غير قابل للتجزئة [٢] فإنه يجوز للمقاول حبس كل العمل حتى يوفى الأجرة من جانب صاحب العمل ، ولكن اذا كان العمل متفق على اتمامه على مراحل فإنه لايجوز استعمال حق الحبس الا عن المرحلة التي تم فيها العمل ولم يستوفي المقاول الأجرة . وذهب البعض [٣] الى أنه اذا قام المقاول باختياره

---

(١) انظر د/السنهوري الوسيط جـ٧ص٢٥٨طبعة نادي القضاه١٩٨٨.
(٢) انظر للمؤلف أحكام الالتزام عام ١٩٩٥ ص ٢١٨ .
(٣) انظر د/ السنهوري المرجع السابق ص ٢٥٩ .

بتسليم العمل الى صاحب العمل فانه لامجال لاستعمال الحق فى الحبس لانقضائه ، لأن القواعد العامة تقضى بانقضاء الحق فى الحبس بالتنازل عنه .

ب) حق الامتياز :ــ

أعطى المشرع للمقاول فى مواضع متفرقة فى التقنين المدنى المصرى ونود الاشارة الى أن حقوق الامتياز الممنوحة للمقاول ليست من حقوق الامتياز العام وانما هى امتياز خاص . ومثلها مثل باقى حقوق الامتياز الخاصة الواردة على العقار لابد أن تقيد وتكون مرتبة من وقت القيد (١) .

وقبل شرح هذه الامتيازات فإنه ينبغى التساؤل عن كلمة هذه الامتيازات . وتعزى هذه الكلمة الى أن عمل المقاول هو السبب فى زيادة قيمة المنشآت والمبانى، ومن ثم فان العدالة المطلقة توجب أن يستوفى المقاول الأجر من هذه القيمة بالأولوية على غيره (٢) . فلولا عمل المقاول لهلك البناء أو تلف . فللمقاول التقدم على غيره من باقى

---

(١) انظر د/أحمد سلامة،التأمينات العينية والشخصية عام١٩٩٠ص٣١٨، عبد الفتاح عبدالباقى ص٤١٧،منصور مصطفى منصور ص٢٧٦،حمدى عبد الرحمن ص٤١٨.للمؤلف التامينات العينية والشخصية ١٩٩٦،ص ٤٧٦ .

(٢) انظر د/ محمد لبيب شفيق ،ص١٧٩ .

الدائنين اذا وجد فى استيفاء الأجرة وهذا هو ما أشار اليه المشرع فى المواد ١١٤٠ - ١١٤٨ مدنى والتى سوف نعرض لها تفصيلا كما يلى :

أ) امتياز المقاول فى حفظ المنقول :

ورد النص على هذا الامتياز فى المادة ١١٤٠ مدنى والتى جاء نصها " المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم يكون لها امتياز عليه كله وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة أما فيما بينها فيقدم بعضها على البعض بحسب الترتيب العكسى لتواريخ صرفها " •

يفهم من هذا النص سالف الذكر أن المشرع جعل للمصروفات التى يصرفها المقاول فى حفظ أو ترميم أو صيانة المنقول تكون لها حق امتياز خاص على هذا المنقول • فيكون للمقاول أن يستوفى أجره من ثمن هذا المنقول بالأولوية على غيره من باقى الدائنين ، إلا أنه يجب أن يلاحظ أن هذا الامتياز يأتى فى المرتبة الثالثة بعد المصروفات القضائية وحقوق الخزانة العامة • وتعزى حكمة هذا الامتياز الى أن عمل المقاول هو السبب فى بقاء المنقول دون تلف •

ب) امتياز المقاول على العقار :

ورد النص أيضا على هذا الامتياز فى المادة ١١٤٨ مدنى والتى جاء نصها " المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد اليهم فى تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو اعادة تشييدها أو فى ترميمها أو فى صيانتها يكون لها امتياز على هذه المنشآت ولكن بقدر مايكون زائدا بسبب هذه الأعمال فى قيمة العقار وقت بيعه ويجب أن يقيد هذا الامتياز وتكون مرتبته من وقت القيد ".

يتضح من هذا النص المشار اليه سلفا أنه اذا كان العمل الذى قام به المقاول هو تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو اعادة تشييدها أو ترميمها أو صيانتها فان الأجرة المستحقة للمقاول أو المهندس المعمارى مقابل قيامها بتلك الأعمال يكون لها امتياز على هذه المبانى والمنشآت بقدر مازاد فى قيمتها . واشترط المشرع للاحتجاج بهذا الامتياز أن يكون مقيدا (١) ولاتحسب له مرتبة الا من وقت هذا القيد .

---

(١) انظر للمؤلف التأمينات العينية والشخصية عام ١٩٩٦ ص ٣٣٨ .

سادسا: الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن وعماله قبل صاحب العمل:

بادئ ذي بدء ننوه الى أن الدعوى المباشرة لاتتقرر الا بنص نظرا لخروجها عن القواعد العامة التى توجب أن ترفع الدعوى ضد المدين مباشرة وليس من الغير الذى لايكون طرفا فى علاقة المديونية، ففى نطاق المقاولة المنطق يوجب أن الوفاء بالأجرة يكون للمقاول الذى قام بالعمل وانه لايجوز لدائنى هذا المقاول مطالبة صاحب العمل بدفع هذه الأجرة الا بطريق الدعوى غير المباشرة وهى دعوى مدينهم المقاول ،أى المطالبة تتم بالنيابه عنه . وقد خرج المشرع على هذه القواعد الأصولية وقرر دعوى مباشرة للمقاول من الباطن وعماله قبل صاحب العمل رغم أنه لاتربطهم به أية صلة مباشرة . وهذا الحق ورد النص عليه فى المادة ١/٦٦٢ مدنى التى جاء نصها " يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل حق مطالبة صاحب العمل مباشرة بما لايجاوز القدر الذى يكون مدينا به للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلى وصاحب العمل " .

ويتضح من ثم اعمالا بهذا النص سالف الذكر أن لعمال

المقاول الأصلي والمقاول من الباطن الحق في تقاضي أجورهم الواجبة على المقاول الأصلي مباشرة من الأجر الواجب على صاحب العمل للمقاول الأصلي . وهم اذ يطالبون صاحب العمل بذلك فان المطالبة تتم بذواتهم وليس بالنيابة عن مدينهم ، فهذه دعوى مباشرة، وكذلك الحال يحق لعمال المقاول من الباطن مطالبة المقاول الأصلي وهو المدين وصاحب العمل باعتباره مدينا للمدين . ويمتنع على صاحب العمل من وقت انذاره بالوفاء أن يوفي للمقاول الأصلي . بل يكون الوفاء لهؤلاء مباشرة بقدر حقوقهم . (١)

وتنحصر فائدة هذه الدعوى المباشرة في أن المقاول من الباطن وعماله يتأثرون بفائدتها دون مزاحمة من دائنو المقاول وبذلك لأنهم يباشرون الدعوى بذواتهم وليس بالنيابة عن المدين لهم .

سابعا : امتياز المقاول من الباطن وعماله :

ورد النص على ذلك في المادة ٢/٦٦٢ مدني التي جاء نصها " ... ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت رب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة

---

(١) أنظر د/ محمد لبيب شفيق ص ١٥٨ .

للمقاول الأصلى أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه ".

بامعان النظر في النص سالف الذكر نجد أن المشرع اراد الامعان في مزيد من الحماية للمقاول من الباطن وعماله فاراد أن يجنبهم مزاحمة دائنى المقاول الأصلى فقرر لهم امتياز خاص يتقدمون به على سائر دائنى المقاول الأصلى. ومحل ذلك الامتياز هوالمبالغ المستحقة في ذمة صاحب العمل وقت توقيع الحجز. والذى ثبت له الحق هو المقاول من الباطن وعماله. فيحق لهم بموجب هذا الامتياز وقت توقيع الحجز الحصول على المبالغ المستحقة لهم من صاحب العمل ويكون لهم التقدم على سائر دائنى المقاول الأصلى دون مزاحمة. ومما نود الاشارة اليه أن الحجز لا يلغى حق الامتياز فهو مقرر بقوة القانون (١). أما المقاول من الباطن وعماله فيتزاحمون فيمابينهم فلو تعددوا فان المبالغ المستحقة لهم تقسم قسمة غرماء (٢). وقد جنب المشرع صاحب العمل هذه الاجراءات وأجاز له الوفاء مباشرة بهذه المبالغ قبل توقيع الحجز تحت يده.

---

(١) انظر د/ لبيب شفيق ص ١٥٩.
(٢) انظر د/ السنهورى ، المرجع السابق ، ص٢٩٠

الفصل الرابـــــــع

انتهـــــــاء عقـــد المقـــاولة

تمهيـــــــد :ـ

عقـــد المقاولـــة مثلـــه مثـــل باقـــى العقـود ينتهـــى بانتهـــاء مدتـــه أو العمـــل محلـــه • أى بتنفيـــذ العقـــد طبقـــا للشـــروط الواردة به ، واما أن ينتهـــى انتهـا مباشـــرا قبل الاوان وهذا هوالتقابـــل • وهـــذه هـــى القواعـــد العامـــة الواردة فى التقنيـــن المدنـى المصـــرى والغيـــر واردة فى أحكـــام عقـــد المقاولـــة• وقد تنـــاول المشـــرع بالنـــص علـــى أســـباب أخـــرى لانقضـــاء عقـــد المقاولـــة ابتـــداء من المواد٦١٣ مدنـــى حتى ٦٦٧ مدنـــى • وتناول انقضـــاء العقـــد بالتحـــلل بالارادة المنفردة فهى قبـل صاحـــب العمـــل فى المـــادة ٦٦٣ مدنـــىوانقضـــاء العقـــد باســـتحالة التنفيـــذ فى المـــادة ٦٦٥ مدنـــى • وبمـــــوت المقـــاول فى المـــادة ٦٦٦ مدنـــى وليـــس النـــص الثانـــى ســـوى تطبيـــق للقواعـــد العامـــة الواردة فـــى المـــادة ٣٧٣ مدنـــى التى تنـــص بانقضـــاء الالتزام اذا أثبت المديـــن أن الوفـــاء به أصبـــح مســـتحيلا بســـبب أخير لايد له فيـــه • ومن ثم فان دراســـتنا منعـــا لتكـــرار هـــذه القواعـــد العامـــة بالحديـــث عن الأســـباب الخاصـــة لانقضـــاء عقد المقاولـــة والواردتيـــن فـــى المادتيـــن ٦٦٣ ، ٦٦٦ مدنى كلا فـــى مبحـــث مســـتقل به على النحـــو التالى •

المبحث الأول

انقضاء عقد المقاولة بالارادة المنفردة

النص التشريعي:

" لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ في أي وقت قبل اتمامه على أن يعوض المقاول عن جميع ماأنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وماكان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل على أنه يجوزللمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب اذا كانت الظروف تجعل هذا التعويض عادلا ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه مايكون المقاول قد انقصه من جراء تحلل رب العمل من العقد ومايكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر " ٠

بامعان النظر في هذاالنص سالف الذكر نجد أنه يجيز لصاحب العمل منفردا دونالمقاول انهاء عقد المقاولة بالارادة المنفردة (١) ويعبر الفقه عن ذلك (٢) بأنها رخصة مخولة لرب العمل فلايستطيع المقاول استعمالها الا اذا عهد المقاول بالعمل الى مقاول من الباطن فان المقاول الأصلي يعتبر رب عمل في علاقته بهذا الأخير وبالتالي

---

(١) انظر المادة ١٤٧ مدني القواعد العامة العقد شريعة المتعاقدين فيماجاء بالمقاولة يعد استثناء على هذه القواعد ٠

(٢) انظر د/ محمد لبيب شنب ٠

يكون له الحق في انهاء المقاولة من الباطن بالارادة المنفردة واذا توفى رب العمل وكان له ورثه حتى ولو تعددوا جاز للأغلبية التي تمتلك ثلاثة أرباع المال الشائع انهاء المقاولة بالاراده المنفردة (١) . وكذلك الحال فالحق الخاص والمحال اليه في حوالة الحق يستطيعان استعمال هذه الرخصة بالارادة المنفردة . ولكن لايجوز استعمال هذه الرخصة لدائنوا رب العمل ، لأنه لايجوز للدائن أن يستعمل الرخص بالنيابة عن مدينه فهذا الاستعمال المخول لهم قاصر على الحقوق دون الرخص (٢) .

واذا كان الأمر كذلك فانه يشترط جملة شروط لاستعمال هذه الرخصة التشريعية نوجزها على النحو التالي :

١- أن تكون المقاولة لم تتم بعد :

وهذا شرط بديهي يقتضيه ظروف الواقع في عقد المقاولة ، فإن العمل محل عقد المقاولة اذا تم لم يكن هناك فائدة من استعمال رخصة انهاء العقد بالارادة المنفردة وذلك لأن رب العمل يلتزم بدفع الأجر كاملا على سبيل التعويض . فالنطاق الزمني لاستعمال هذه

---

(١) انظر المادة ٨٣٢ مدني "للشركاء الذين يملكون ثلاثة ارباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه اذا اشترط في ذلك الى اسباب قوية.

(٢) انظر د/السنهوري الوسيط ص٩٦٢ والمادة ٢٣٥ مدني القواعد العامة فهذا حق شخصي .

الرخصة يبدأ منذ ابرام العقد حتى ولو لم يبدأ العمل بالفعل ويستمر حتى بدأ العمل والمعنى فيه الى لحظة ماقبل اكتمال هذا العمل محل عقد المقاولة •

٢ـ أن يكون المتمسك بالرخصة رب العمل :

كما سبق القول أن المشرع خص رب العمل بهذه الرخصة باعتبار أن له مصلحة محققة فى هذا التنفيذ العينى دون التعويض فهو لم يقدم على عقد المقاولة الا لانجاز العمل محل هذا العقد وتعزى حكمة هذه الرخصة المخولة لرب العمل [١] الى أن تنفيذ هذا العقد يستغرق وقتا طويلا ،وقد تتغير الظروف فيفقد رب العمل ثروته كلها أو بعضها بحيث لايستطيع الوفاء بالأجرة للمقاولة أو قد يصبح العقد غير مفيد لرب العمل • ولكن المشرع لم يهدر جانب المقاولة كلية فقد الزم رب العمل مقابل هذه الرخصة الجوازية بتعويض المقاول • ولم يقتصر التعويض على ماتم انفاقه من المصاريف وانجاز الأعمال محل العقد • بل يتعداه الى ماكان يستطيع المقاول كسبه فى حالة اتمام العمل محل المقاولة • ويذهب استاذنا الفاضل الدكتور لبيب شنب الى أن هذه الرخصة التشريعية التى

---

(١) انظر د/ محمد لبيب شنب ص١٨٨ •

وردت استثناء على القواعد العامة تفقد أهميتها فى ظل الفقرة الثانية من نص المادة ٦٦٣ طالما أن الاثر المترتب عليه هو ذات الأثر الذى يترتب على اخلال صاحب العمل الالتزامات الملقاة على عاتقه ، فالمقاولة عندما يطلب الفسخ فانه يطلب أيضا التعويض، والتعويض فى المسئولية العقدية نطاقه ينصب على مالحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب .

٣- أن يكون سبب استعمال الرخصة راجعا الى رب العمل :

وهذا أيضا شرطا بديهيا لأن المقاول اذا ارتكب خطأ فانه صاحب العمل يطلب فسخ العقد اذا كان الخطأ مبرره لذلك[١] . فهذا الخطأ بلاشك يبرر الفسخ، فصاحب العمل عندما يرجع على المقاول بأنه يطبق أحكام الفسخ، غير أنه يجوز لصاحب العمل طلب التنفيذ العينى فيجبر المقاول على اصلاح الخطأ وله أيضا التعويض عن ذلك .

٤- ألا يكون هناك اتفاق على عدم استعمال الرخصة التشريعية بالتحلل بالارادة المنفردة :-

بادئ ذى بدء ننوه الى أن تحلل صاحب العمل من عقد

---

(١) انظر د/السنهورى الوسيط جـ٧ ص٣١٠ طبعة نادى القضاه ١٩٨٩ .

المقاولة بالارادة المنفردة لايتعلق بالنظام العام. وبالتالي يجوز الاتفاق على عكس ماجاء بالمادة ٦٦٣ مدني.[1] فيجوز أن يتفق صاحب العمل والمقاول أو من يخول له هذه الرخصة من بعد وفاة صاحب العمل على أن لصاحب العمل استعمال هذه الرخصة التشريعية بالتحلل بالارادة المفردة دون أن يكون للمقاول الحق في التعويض الوارد في الفقرة الثانية من نص المادة ٦٦٣ مدني . ويجوز كذلك الاتفاق على ألا يستحق صاحب العمل هذه الرخصة مطلقا أو استعمالها بطريقة مقيدة .

ولكن يثور التساؤل حول كيفية استعمال هذه الرخصة التشريعية. باستعراض النصوص المنظمة لاستعمال هذه الرخصة التشريعية نجد أن المشرع لم يحدد مهلة زمنية لاستعمالها أو شكلا محددا لهذا الاستعمال ومن ثم طالما أن هذه الرخصة بالتحلل الارادى خاصة بصاحب العمل ولاتعبر سوى عن تصرف من جانب واحد فان مجال استعمالها يكون بطريق الانذار أو بخطاب مسجل وغير مسجل أو بالطريق الشفوى وعلى كل حال فان هذا التصرف القانوني يقع عبء الاثبات فيه على عاتق صاحب العمل خاصة في هذا الصدد للقواعد العامة والاثبات.

---

(١) انظر د/ لبيب شنب ، ص١٩٦ .

الواردة في المادة ٦٠ اثبات ، فاذا كانت قيمة المقاولة مائة جنيه فأكثر فانه لابد من الاثبات بالكتابة أو مايقوم مقامها وإلا اتبع الاثبات بالبينة والقرائن • وقد قدمت الفئة (٣) الى أنه اذا أثبت المقاول أن صاحب العمل متعسفا في استعمال هذا الحق بالتحلل الارادى في عقد المقاولة كأن ضعن صاحب العمل من وراء هذا التحلل النيل من سمعة المقاول الأدبية والتشهير به بين طوائف المهنة فانه يحق للمقاول الرجوع عليه بالتعويض طبقا للقواعد العامة الواردة في المادة الخامسة من التقنين المدني المصرى • ولكننا لانشاطر هذا المذهب مانحئ اليه فمجال الاستعمال التعسفي قاصر على الحقوق فقط دون الرخص التشريعية • فهذه الرخصة مخولة لصاحب العمل له ان شاء استعمالها أو اهمالها ولايجوز لأحد ولا للقاضى نفسه أن يراقبه في هذا الاستعمال وصاحب العمل ليس مكلفا بابداء الأسباب والدوافع التى دفعته الى الانهاء المبتسر لعقد المقاولة •

نطاق التحلل الارادى في عقد المقاولة :

وضع المشرع في المادة ١/٦٦٣ مدني النطاق الذى يمكن أن يباشر فيه هذه الرخصة التشريعية فلم يهمل المقاول بل الزم صاحب العمل بالتعويض • ولكن ماهي عناصر هذا التعويض ؟

لقد أفصح المشرع عن عناصر التعويض فى هذا المجال .
ونرى أنها ليست إلا تطبيقا للقواعد العامة فى التعويض العقدى أى مجالها ماعاد على الدائن من خسارة وما فاته من كسب . فجاء النص " .... على أن يعوض المقاول عن جميع ماأنفقه من المصروفات وماأنجزه من الأعمال وماكان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل " ، وهذا الالتزام بالتعويض كما نرى مصدره هو نص القانون وليس عقد المقاولة ، ومن ثم فقد بات لزاما علينا فى مجال هذه الدراسة تفصيل عناصر التعويض كما يلى :

أ) المصروفات التى تم انفاقها لاتمام العمل محل المقاولة :-

بادئ ذى بدء ننوه الى أن صاحب العمل له هذه الرخصة أيا كانت طبيعة العمل محل المقاولة أو الطريقة المتبعة فى تحديد أجرها أى سواء كانت المقاولة محددة بأجر اجمالى أم أساس الوحدة ، وسواء كان هو الذى قدم المواد المستخدمة أم المقاول ، فالنص ورد مطلقا ، ويقصد بهذه المصروفات أجور العمال والنفقات الفعلية التى تم صرفها فى انجاز الاعمال والقيمة الفعلية للمواد المستخدمة ، ولامجال للتعويض الاعن الأعمال التى أنجزها المقاول بالفعل وتحت علمه باخطار صاحب العمل بالتحلل من العقد بالارادة المنفردة . أما الأعمال التى تتم بعد ذلك فان صاحب العمل لايرجع بها الا على

أساس الاثراء بلاسبب أى بأقل القيمتين طبقا للقواعد العامة الواردة فى المادتين ١٧٩ ، ١٨٠ مدنى مصرى. مالم تكن هذه الأعمال ضرورية للحفاظ على ماتم انجازه مثل وضع أدوات صحية فى المبانى لتثبيتها فان الرجوع يكون بقيمة النفقات الفعلية .

ب) الكسب العائد على المقاول فى حالة اتمام العمل :-

أشار المشرع الى هذا العنصر من عناصر التعويض فى المادة ١/٦٦٣ مدنى " ..... وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل . ونوضح جليا فى هذا العنصر الى ينبغى التفرقة بين حالتين هما : الحالة الأولى اذا كانت المقاولة بأجر اجمالى فإن الكسب يتحدد فى الفرق بين قيمة هذا الأجر وقيمة النفقات اللازمة لتنفيذ العمل .ويعتد بتقدير هذه النفقات على أساس قيمتها عند انهاء العقد . ولاعبرة بأية تغيرات تطرأ بعد ذلك على ثمن المواد أو أجور العمالة . والحالة الثانية : اذا كانت المقاولة محددة بسعر الوحدة فان الكسب يتحدد هنا بالفرق بين أجر كل وحدة من وحدات العمل وقيمة النفقات اللازمة لتنفيذه . ويذهب البعض فى الفقة (١) الى أنه اذا كانت هذه الأعمال غير محددة فى العقد فانه يمكن الوقوف على الحد الأدنى لهذه

١- انظر د/محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص٢١٢- نبيلة رسلان ، ص١١٨ .

الأعمال فيدخل الربح المتوقع من ورائها فى التعويض ٠

جـ) التعويض عن القدر الأدبى :ـ

لم يشر المشرع صراحة أو ضمنا الى تعويض المقاول عن الضرر الأدبى الذى يكون قد عاد عليه من جراء استعمال رخصة التحلل الارادى فى عقد المقاولة ٠ وقد ذهب غالبية الفقه وأحكام القضاء الى جواز ذلك أى أن صاحب العمل الذى ينهى عقد المقاولة مع المقاول سواء كان مهندسا أو مقاولا فانه فضلا عن التزامه بالتعويض عن الضرر المادى المتمثل فى قيمة المصروفات العينية وما تم وضعه فى سبيل اتمام العمل لعمل المقاولة فانه أيضا يلتزم بالتعويض عن الضرر الأدبى أيضا وقد تزعمت محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها هذا الاتجاه(١) فقضت" لئن كان نص المادة ١/٦٦٣ مدنى لم يعرض صراحة لحق المقاول فى مطالبة رب العمل بتعويضه أدبيا عن تحلله بارادته المنفردة من عقد المقاولة الا أنه لم يحرمه من هذا الحق الذى تقرره القواعد العامة الواردة فى المادة ٢٢٢ مدنى، ومن ثم يحق للمقاول أن يطالب رب العمل الذى تحلل بارادته المنفردة من عقد المقاولة بتعويضه عما أصابه من ضرر أدبى اذا تبين

(١) انظر نقض مدنى ١٩٧٩/٦/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ العدد ص ٣٦٦ ٠

له أن ثمة مصلحة أدبية كانت تعود عليه فيما لو أتيحت له فرصة اتمام أعمال المقاولة ".

ولكننا نذهب مع البعض الآخر (٢) في الفقه الذي انتقد هذا القضاء تأسيسا على أن رخصة الانهاء بالتحلل الارادي في عقد المقاولة يعتبر عملا مشروعا من جانب المشرع ومقرر في نص القانون . وأنه لامجال للتعويض عن الضرر الأدبي في استعمال هذه الرخصة التشريعية الا اذا كان هناك خطأ صدر من صاحب العمل .

سلطة القضاء تجاه التعويض المستحق للمقاول :

أشار المشرع صراحة الى سلطة جوازية للقاضي في المادة ٦٣٣/٢ مدني والتي جاء نصها " على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب اذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه مايكون المقاول قد افتقده من جراء تحلل رب العمل من العقد ومايكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر .

يفهم من هذا السياق التشريعي أن للمحكمة أي محكمة

---

(١) انظر دي باج ص ٩٤٦ بنده ٩١٥ .

الموضـــوع لهـــا ســـلطة جوازيـــة فى تخفيـــض التعويـــــض المستحق للمقاول عن الكسب الفائت • وقد قضـت محكمـة النقـــض المصريـــة فى أحـد أحكامهـــا (١) " أن التمسـك باعمال الفقرة الثانية من المادة ٦٦٣ مدنى والتى تخول المحكمة سلطة انقاص التعويض المستحق للمقاول مايكون قد افتقده من جراء تحلل رب العمل من العقد ومايكون قد كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر هو دفاع قانونى يخالطه واقـــع• ولايقبل اثارة هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض "•

وليس هذا الا تطبيقا للقواعد العامة (١) فيجوز للقاضى أن يخفض مقـدار الربح الذى فات المقاول بما يتناسب مع ماظهر من ارتفاع للأسعاروالاجور واذا كان هذا أمر جوازى فان هناك حالتين وجويتين همـــا :

الحالة الأولى: مايكون قد افتقده المقاول من جراء تحلل رب العمل مـن العقد• فلامجال للرجوع الا بماتم انفاقه بالفعل • فاذا انفق شيئا ولـم ينفقه بسبب تحلل رب العمل من العقد فانه لايرجـع الا به •

الحالة الثانية: مايكون المقاول قد كسبه باستخدام وقته فى أمر آخـر • فقد اتاح له عدم اتمام العمل فرصة من الزمن يصح أن يكون قداستخدمها فى عمل آخر يدر عليه ربحا • فهذا الربح يستنزل من الكسب الفائـــدة• وقد ذهبت محكمة النقض تأييدا لهذا المبدأ فقضـت فى أحد احكامها (٢) "أنه ليس من الضرورى أن يكون قد استخدم وقته فعلا فى عمل آخـــر بل يكفى أن يكون قد اتيحت له فرصة استخدامه ولم يستفيد منها فانـــه يكون بتقصيره قد فوت على نفسه ذلك الكسب "•

---

(١) انظر د/السنهورى ص٣١٧ •

(٢) انظر نقض مدنى١٦/٥/١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنه١٨ ص١٠٠٥ رقم ١٦ •

المبحث الثانى

موت المقاول كسبب لانتهاء عقد المقاولة

النص التشريعى:

تناول المشرع هذا السبب فى عجز المادة ٦٦٦ مدنى ثم أتبع ذلك فى المادة ٦٦٧ مدنى الآثار التىتترتب على انقضاء عقد المقاولة بموت المقاول • وسوف نعرض لهاتين المادتين • فجاء نص الأولى " ينقضى عقد المقاولة بموت المقاول اذا كانت مؤهلاته الشخصيةمحل اعتبار فى التعاقد فان لم تكن محل اعتبار فلاينتهى العقد من تلقاء نفسه ولايجوز لرب العمل فسخه فى غير الحالات التى تطبق فيها المادة ٦٦٣ الا اذا لم تتوافر فى ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل "، ثم جاء نص المادة ٦٦٧ مدنى " اذا انقضى العقد بموت المقاول وجب على رب العمل أن يدفعللتركة قيمة ماتم من الأعمال والنفقات • ويجوز لرب العمل فى نظير ذلك أن يطالب بتصميم المواد التىتم اعدادها والرسوم التى بدئ فى تنفيذها على أن يدفع عنها تعويضا عادلا • وتسرى هذه الأحكام أيضا اذا بدأ المقاول فى تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزا عن اتمامه لسبب لايد له فيه " •

يتضح من هذا النص سالف الذكر ان المشرع وضع أحكاما عامة يجب التصدى لها بالبحث والدراسة وتفصيل ذلك . وهى تدور حول موت المقاول كسبب لانقضاء عقد المقاولة ، اذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار - عدم انقضائه اذا لم تكن هذه المؤهلات محل اعتبار فى العقد - من تلقاء نفسه .

الاثار المترتبة على انقضاء عقد المقاولة لموت المقاول :

وسوف نتناول ذلك على النحو التالى :-

أولا : انقضاء عقد المقاولة لاعتبار مؤهلاته الشخصية باعث دافع الى التعاقد :

لما كانت المقاولة من العقود المالية [١] ومن ثم فالقاعدة العامة أن شخصية المقاول لم تكن محل اعتبار فى العقد . فلا يهمل صاحب العمل شخص المقاول القائم بالتنفيذ طالما أن العمل يتم طبقا للمواصفات الواردة بالعقد . ولذلك اذا توفى المقاول يكون لورثته الذين يستطيعون اتمام العمل محل المقاولة القيام بالتنفيذ . أما اذا لم تتوافر فى الورثة الضمانات الكافية لحسن تنفيذ عقد المقاولة فان صاحب العمل يحق له فسخ العقد بسبب

---

(١) انظر د/ محمد لبيب شنب ص ١٨٣ بند ١٥١ .

وفاة المقاول • أى أن العقد لاينفسخ من تلقاء نفسه •
ولكن هذا الأصل العام ليس هو المفروض فى كل الأحوال فهناك أعمال مقاولات بحسب الأصل فيها تكون شخصية المقاول محل اعتبار أى تكون مؤهلات المقاول هى الدافع الرئيسى للتعاقد معه مثل المهندس المعمارى - الطبيب - الفنان - الرسام •

وقد ورد فى المادة ٨٨٧ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى(١) " تعتبر دائما شخصية المقاول محل اعتبار فى التعاقد المبرم مع الأشخاص الذين يزاولون المهن الحرة • وتفترض هذه الصفات المعتمدة لدى الصناع والعمال الا اذا كان هناك دليل أو عرف يقضى بغير ذلك" • ومما يثير البحث والتساؤل ما المقصود بالمؤهلات الشخصية التى يمكن أن تكون محل اعتبار فى المقاولة ؟ •

ذهب البعض فى الفقه(٢) فى تحديد هذه المؤهلات التى يمكن التنويه عليها أنه لايقصد بها مجرد الشهادات الدراسية بل يقصد بها الصفات الشخصية التى تكون للمقاول ذات تأثير

---

(١) انظر الأعمال التحضيرية ص ٦٣-٦٥ ج ٨

(٢) انظر د/محمد لبيب شنب ص١٨٤ وتعتبر من المؤهلات الشخصية سمعة المقاول فى السوق ،الدقة فى العمل ،الشهادات الفنية الحاصل عليها ،تخصصه، حرصه على الوفاء بالالتزامات المالية "•

فى حيز تنفيذ العمل طبقا لم تتجه اليه النية المشتركة للمتعاقدين . وهذه مسألة موضوعية يقدرها قاضى الموضوع عند المنازعة على ضوء الظروف الملابسه للتعاقد مستعينا فى ذلك بما ذهبت اليه النية المشتركة للمتعاقدين .

وذكر الفقه أن من بين الظروف التى تساعدعلى القول بأن مؤهلات المقاول الشخصية كانت محل اعتبارفى العقد أن يكون المقاول رساما ـ فنانا ـ طبيبا .فاذا ثبت ذلك فان العقد ينقضى بالوفاة لهذا المقاول .ويتم الانقضاء بقوة القانون دون حاجة لطلبه من قبل صاحب العمل وهذا هو المعنى الذى يستفاد بمفهوم المخالفة مما ذكر فى نص المادة ٦٦٦ مدنى التى جاء نصها " ... على أنه اذا لم يكن مؤهلات المقاول محل اعتبار فلا ينتهى العقد من تلقاء نفسه " فالانقضاء يتم بمجرد الوفاة ويجوز لورثة المقاول التمسك بالانقضاء . ولكن ثمة تساؤل يثور هل هذا الحكم قاصرا على المقاول الأصلى أم ينطبق على المقاول من الباطن ؟ .

لاشك أنه اذا كان المقاول الأصلى قد عهد الىمقاول من الباطن فى القيام بالعمل فان وفاة الأخير يجعل العقد منقضيا اذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار عند ابرام المقاولة من الباطن (١) وذلك لأن النص جاء عاما دون تخصيص

(١) انظر د/السنهورى الوسيط جـ٧ ص ٣٢٧ .

" ينقضي عقد المقاولة .... الخ النص ". واذا كان صاحب العمل عهد بالعمل الى عدة مقاولين لانجازه بالتضامن فيما بينهم فان وفاة أحدهم لاينقضي به عقد المقاولة الا بالنسبة للمقاول الذى توفى فقط ويستمر العقد فى مواجهة باقى المقاولين الا اذا كان هناك اتفاق على تمام العمل محل العقد من المقاولين مجتمعين . وحاصل القول اذن انه حيث تكون مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعقد . فان العقد ينتهى من تلقاء نفسه . ولايستطيع ورثة المقاول الاستمرار فى تنفيذها . ولايستطيع كذلك رب العمل أن يجبر الورثة على التنفيذ فلابد من عقد جديد يبدأ من تاريخ الاتفاق بين الورثة وصاحب العمل (١) .

ثانيا : اذا لم تكن المؤهلات الشخصية محل اعتبار فى عقد المقاولة :-

تناول المشرع هذا الغرض أيضا فى عجز النص سالف الذكر والتى جاء نصها " .... فان لم تكن محل اعتبار فلا ينتهى العقد من تلقاء نفسه ولايجوز لرب العمل فسخه فى غير الحالات التى تطبق فيها المادة ٦٦٣ الا اذا لم تتوافر فى ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل " .

(١) انظر السنهورى الوسيط جـ٧ ص ٣٢٧ .

وهذا الفرض التشريعى يواجه حالات المقاولات البسيطة (١) التى لاتستلزم توافر مهارات فنية خاصة يستطيع أن يقوم به أى شخص فى الحرفة وكذلك حالة المقاولات الكبيرة التى لاتقوم على الكفاية الفنية • وقد استقر الرأى لدى استاذنا الكبير السنهورى أنه يجب التمييز بين حالتين :ـ

الحالة الأولى: عدم توافر الضمانات الفنية فى ورثة المقاول :ـ

اذا كان صاحب العمل لم يطمئن الى توافر خبرة المقاول فى ورثته بأنه كانوا لايمارسون حرفة مورثهم فان المشرع جعل لصاحب العمل سلطة طلب فسخ عقد المقاولة على عكس ماسبق فان العقد كما سبق القول ينقضى بمجرد الوفاة ، والقاضى يقدر طلب الفسخ من جانب صاحب العمل فاذا استشعر القاضى أن ورثة المقاول فيهم مايبعث على الطمأنينة وأن فيهم محترفوا هذا العمل فانه يرفض الفسخ • وهذه مسألة تقديرية تقدر حسب كل حالة على حده ولايخضع القاضى لنظام الرقابة القضائية لمحكمة النقض الا اذا كان متعسفا فى الاستنتاج •اذ الحكم يكون مشوبا بالقصور فى التسبيب وهو احدى صورة الطعن على الحكم الذى ترتبه محكمة النقض • أما اذا لم يجد القاضى من بين ورثة المقاول من هو كفء لانجاز العمل المنوط به أى أن هناك ضمانات كافية لاتبعث على المضى قدما فى

تنفيذ العمل فان القاضي يحكم بالفسخ • فهذا الطلب أى الفسخ تقديرا لقاضى الموضوع• (١)

الحالة الثانية: توافر الضمانات الكافية لانجاز العمل في ورثة المقاول :-

على عكس ماتقدم لاينفسخ عقد المقاولة عند توافر هذه الضمانات فلا يجب الى الفسخ من صاحب العمل ولا الورثة ويبقى عقد المقاولة قائما بالرغم من موت المقاول • وتنتقل من ثم حقوق المورث المقاول الى ورثته فى حدود التركة أى أن مسئوليتهم محدودة فهى مسئولية عينية وليست شخصية ، ولكن ذلك لايقف حجر عثرة أمام صاحب العمل فله استخدام الرخصة التشريعية الواردة فى المادة ٦٦٣ مدنى (٢) •

ثالثا : الاثار التى تترتب على انقضاء عقد المقاولة بموت المقاول :

تناول المشرع هذه الآثار فى عجز المادة ٦٦٧ مدنى التى جاء نصها " أنه اذا انقضى العقد بموت المقاول وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ماتم من الاعمال وما أنفق لتنفيذ مايتم وذلك بالقدر الذى عاد عليه بالنفع من هذه الأعمال والنفقات " •

لاصعوبة فى الأمر عند تصفية مراكز طرفى العقد عند

(١) انظر المادة ز ١٥١ مدنى •
(٢) انظر د/السنهورى الوسيط جـ٧ ص ٣٢٩ بند ١٤٨ •

وفاة المقاول . فاذا توفى المقاول دون أن يكون قد تعاقد على شراء أدوات أو مهمات أو مواد لازمة للتنفيذ فان هذا لايثير أدنى صعوبة فينقضى العقد . ولكن غالب الأحوال أن يتوفى المقاول بعد المضى فى التنفيذ لهذا العمل محل العقد وهنا لانجد مفرا من اللجوء الى النص التشريعى سالف الذكر فتتحدد الآثار كما يلى :-

أ) اذا كان صاحب العمل قد قدم المواد والمهمات اللازمة لانجاز العمل :

فى هذه الحالة تظل المواد مملوكة لصاحب العمل طوال فترة انجاز العمل سواء كان لتنفيذها أو تحويلها ومن ثم اذا انقضت المقاولة قبل اتمام هذه الصناعة فان لصاحب العمل استرداد هذه المواد ولكنه يلتزم بأن يدفع لتركة المقاول قيمة العمل الذى قام به قبل الوفاة . فاذا كان الأمر محل اتفاق عليه فى العقد فان قيمة ماأنجزه المقاول من عمل يقدر على أساس نسبة ماتم من العمل الى مجموع الأعمال المكلف بها المقاول والمحدد لها أجر . ويرد أيضا مايكون قد أنفقه المقاول من مصاريف لازمة لاتمام هذا العمل . ولكن المشرع فى الفقرة السابقة اشترط أن يكون لهذه الأعمال والنفقات صفة النفع لصاحب العمل "..ويتحدد الالتزام بقدر النفع الذى يعود عليه منها " . ومن ثم اذا لم تكن لهذه الأعمال والنفقات صفة النفع كما لو كان أحد لايستطيع القيام بها بعد وفاة المقاول فان صاحب العمل لايلتزم بدفع

قيمتهـا للتركـة • وينطبق ذات الحكم اذا كانت هـذه الأعمال والنفقـات أقل من قيمتها ، فالمعيار المعول عليه فى هـذا الصدد مقدار النفع الذى يعود على صاحب العمل من جـراء هذه الأعمال والنفقات• (١)

ب) المقاول هو الذى قدم مواد العمل محل العقد فى المقاولة:

الأصل العام فى أن تظل المواد مملوكة للمقاول طـوال فترة انجاز العمل أى مدة العمل كاملة وتنتقل هـذه المواد بعد ذلك الى الورثة• فلايوجد الزام على عاتق المقاول بتسليم هـذه المواد • وقد خرج المشرع عن هذا الأصل العام بالنسبة للورثة • فبعد أن وضع التزاما على عاتق صاحب العمل بدفع قيمة هذه الأعمال والنفقات الناقصة• أجاز فى الفقرة الثانية من ذات النص ٦٦٧ مدنى أنه يجوزلصاحب العمل أن يطالب الورثة بتسليمه هذه المواد التى تم اعدادها على أن يقوم بدفع تعويض عادل عنها • وهذا اجبار على تنفيذ الالتزام مخالف لما تقضى به القواعد العامة فى هـذا الصدد • فالورثة لايستطيعون الامتناع عن التنفيذ • رغم أنهم هم الذين يقدرون فائدة هـذه المواد والنفقات بالنسبة لهم •

---

(١) انظر د/محمد لبيب شنب ص١٨٧ نبذه ١٥٢ ، بلانيول وريبير ورواست ص ١٧٦ نبذه ٩٣٦ •

الفصل الخامس

صور وأنواع المقاولات

تمهيد :

لقد بدأ بزوغ فجر جديد فى الافاق وهو بداية القرن الحادى والعشرين • فقد شهدت الحياة العصرية التشابك بين القطاعات المختلفة • وتعقد قيام الشخص بمفرده بماهو منوط به من أعمال • ومن ثم فقد ظهرت العديد من الاعمال فى صورة مقاولات منها مايتعلق بادارة المرافق العامة فى الدولة ومنها مايتعلق بمصالح الافراد مطلقا • وقد تخيرنا بعض هذه المقاولات الاكثر شيوعا فى التطبيق العملى لبحث أغوارها وتدور حول التزام المرفق العام - النشر - الاعلان • وسوف نعالج كل منها فى مبحث مستقل على النحو التالى :-

المبحث الأول

التزام المرفق العام

تمهيد :

لقد عالج المشرع عقد التزام المرفق العام فى ظل قواعد القانون المدنى فى المواد من ٦٦٨ حتى ٦٧٣ مدنى • ومما هو جدير بالذكر أن هذا العقد له صفة مدنية مما جعل فقهاء القانون الادارى (١) يعترضون على هذه

---

(١) انظر د/سليمان الطماوى ،الأسس العامة للعقود الادارية ،الطبعة الثالثة عام ١٩٧٥ ص ١٨ •

المعالجة القانونية . اذ أن تطبيق هذه المواد على المرفق العام الذى أصبح أحد عناصر اختصاص القضاء الادارى أصبح غير منسجما فى الوقت الحاضر وأنه ينبغى وفق النظرية الفرنسية عدم احترام القضاء الادارى للقواعد الواردة فى القانون المدنى الا بالقدر الذى تعتبر فيه مجرد تطبيق للمبادىء العامة . ونعارض وبشدة ضد الاتجاه سالف الذكر . اذ أن الأصل فى العقود الادارية أنها تحكم بقواعد القانون المدنى وطالما أن المشرع أورد هذا العقد فى طيات نصوص القانون المدنى فانه يجب فى الوقوف على أحكامه القانونية . من حيث ماهية العقد وخصائصه وطبيعته القانونية وذلك فى مطلب أول ثم معالجة النظام القانونى لهذا العقد فى مطلب ثانى ، وأخيرا الاثار التى تترتب على هذا العقد أى العلاقة الثلاثية فى عقد التزام المرفق العام وذلك فى مطلب ثالث وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول

ماهية العقد وعناصره وطبيعته القانونية

أ) ماهية العقد :ـ

لقد تناول المشرع تعريف هذا العقد أى عقد التزام المرفق العام فى عجز المادة ٦٦٨ مدنى مصرى والتى

جاء نصها " التزام المرفق العام عقد الغرض منه ادارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين جهة الادارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد اليها باستغلال المرفق فى فترة معينة من الزمن " .

من هذا النص سالف الذكر يمكن القول بأنه عقد ادارى يتولى الملتزم فردا كان أو شركة بموجبه وعلى مسئوليته ادارة مرفق عام اقتصادى واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التى تضمنها الادارة عقد الامتياز . وعرفته محكمة القضاء الادارى فى أحد أحكامها (١) .

" ان التزام المرفق العام ليس الا عقدا اداريا يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسئوليته المالية بتكليف من الدولة أو احدى وحداتها الادارية وطبقا للشروط التى توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح " .

فالالتزام عقد ادارى ذو طبيعة خاصة (٢) وموضوعه ادارة مرفق عام ولايكون الا لمدة محددة ويتحمل الملتزم بنفقات المشروع

---

(١) انظر محكمة القضاء الادارى ١٩٥٦/٣/٢٥ .

(٢) انظر د/سليمان مرقص المرجع السابق ص ٩٨ .

وأخطاره المالية ويتقاضي عوضا فى شكل رسوم يحصلها من المنتفعين . وعرفه أيضا قسم الرأى فى أحد الفتاوى (١) . بأنه عقد يتعهد بمقتضاه شخص بأن يقوم على حسابه ومسئوليته بادارة مرفق عام متحملا مخاطره وماتتطلبه الادارة من اشغال عامه اذا لزم الأمر ويمنح مؤقتا بعض السلطات العامة مقابل جعل يحصله من الجمهور" .

وهذا العقد يحتوى على نوعين من الشروط . النوع الأول :الشروط التعاقدية وتحكمها القاعدة العامة فى القانون المدنى الواردة فى المادة ١٤٧ مدنى مصرى . وهى لاتمتد الى كيفية اداء الخدمة للمنتفعين والتى يمكن الإستغناء عنها لو أن الادارة تولت استغلال المرفق العام بنفسها . (٢)

والنوع الثانى: شروط لائحية : وهى شروط توضح كيفيه اداءالخدمة للمنتفعين وتطلك الادارة تعديلها فى أى وقت طبقا لحاجة المرفق العام موضوع الاستغلال . وهذا النوع من الانابة غير المباشرة لادارة المرفق العام لايعتبر تخليا من الادارة عن ادارة المرفق العام بل تظل ضامنة هذه الادارة وهذا الاستغلال غير المباشر .

---

(١) انظر الفتوى رقم ٣٦٩ فى ١٩٧٩/١١/١٦ .منشور فى مجموعة سمير ابوشادى ص ٩٧ .

(٢) انظر د/الطماوى المرجع السابق ص٩٩ ، د/أنس جعفر النشاط الادارى عام ١٩٩٥ ص ٢٢٨ .

وهى فى سبيل ذلك تتدخل فى شئون المرفق اذا لزم الأمر ٠ ولذلك فان عقد الالتزام ينشئ فى أهم شقيه مركز اللائحيا يتضمن تحويل الملتزم حقوقا مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله ٠ وهذا المركز اللائحى ينشئه الالتزام والذى يتصل بالمرفق العام وهو الذى يسود العمليه كاملة ٠ أما المركز التعاقدى فيتغير تابعا له ولايحول دون انشاء أو صدور نصوص لائحية ٠ويمثل عقد التزام المرفق العام احدى الطرق العامة فى ادارة المرفق العام فى صورة الامتياز ولذلك يطلق عليه الفقه امتياز المرفق العام (١) ٠

وترجع أهمية هذا العقد الى كونه كما سبق القول يحول فردا عاديا أو شركة الحلول محل السلطات العامة فى ادارة مرفق عام واستغلاله ٠ وغالبا مايكون ذلك عن طريق الاحتكار القانونى أو الفعلى ٠ مما يستوجب اخضاع الملتزم فى ادارة المشروع العام واستغلاله لكافة الضوابط اللازمة لسير المرفق العام٠ وسبب ذلك يعزى الى أن بعض شركات الامتياز قوية ولاسيما اذا ما تغلغل فيها العنصر الأجنبى انها تمثل خطرا حقيقيا على مصالح الدولة بل وعى سيادتها ٠

---

(١) انظر د/ السنهورى الوسيط جـ٧ ص ٣٢٨ طبعة نادى القضاة عام ١٩٨٩ ٠

ب) عناصـــر العقـــد :

يتضح مما ورد فى عجز المادة ٦٨٨ مدنى سالف الذكر أن لعقد التزام المرفق العام عناصر ثلاثـــة هى :–

١– أن تكون جهة الادارة طرفا فيه ٠

٢– أن يكون محل العقد ادارة واستغلال مرفق عام ذات صفة اقتصادية ٠

٣– أن يكون لمدة محدودة ٠

وســوف نتولى بيان هذه العناصـــر تفسيلا كما يلى :–

العنصر الأول : أن يكون عقد التزام ادارة المرفق العام بين جهـــة الادارة من ناحية وأحد الأفراد أو الشـركات ٠ ويقصد بجهـــة الادارة الدولة أو أحد أشخاصها الاعتبارية العامة ممثلة فى المحافظة" الحـــى أو القريـــة والطرف الآخر يكون فردا أو شخصا معنويا ممثلا فى أحـــد الشركات ٠ وقد ثار التساؤل حول المركز القانونى لهذا الطرف الأخير ٠ هل يعتبر من أشخاص القانون العام وله صفة الموظف العام طالمـــا يدير مرفق عام أم لا ؟ ٠

استقر الرأى فى الفقه والقضاء[١] على أن الفرد أو الشـركة الذى يديـر المرفـق العـام يعتبـر من أشـخاص القانـون الخاص وأنه يدير المرفق لحســابه وعلى نفقته وتحت مســئوليته ٠ وقضت محكمة النقض المصريـــة فى هذا الصدد[٢] " أن جميع الديون التى تترتب فى ذمـة الملتـــزم

(١) انظر د/السنهورى الوسيط جـ٧ طبعة نادى القضاه عام ١٩٨٩، ص ٣٥٤ ٠

(٢) انظر نقض مدنى مصرى ١٩٦٢/١١/١ مجموعة أحكام النقـــض السنة ١٣ ص ٩٥٢ ٠

أثناء قيامه بالادارة للمرفق العام تعتبر التزاما عليه وحده ولاشأن للادارة مانحة الالتزام بهذه الديون فان عاد المرفق العام لجهة الادارة فانها لاتلتزم بشئ منها مالم ينص فى عقد الالتزام على التزامها بتلك الديون وأساس ذلك أن الملتزم لايعتبر فى قيامه بالادارة للمرفق العام وكيلا عن جهة الادارة ولاخلف خاص أو محام لها " .

العنصر الثانى: أن يكون المرفق العام ذات صفة اقتصادية :-

أورد المشرع هذا العنصر أيضا فى عجز المادة ٦٦٨ مدنى بقوله "..... ذا صفة اقتصادية " ويكون من المرافق ذات الصبغة الاقتصادية المرافق الصناعية والتجارية مثل التزام مرافق النور والمياه والكهرباء والغاز الطبيعى والمواصلات والى غير ذلك من المرافق الاقتصادية ويخرج عن هذا النطاق المرافق الادارية البحتة التى تدار بالطريق المباشر من الدولة مثل الدفاع والأمن القومى والتعليم والصحة .

العنصر الثالث: أن يكون العقد لمدة محددة :-

لقد تكفل المشرع فى تحديده مدة ادارة المرفق العام بطريق الالتزام والامتياز فى المادة الأولى من القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المعدل وجاء نص المادة على أنه " لايجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد على ثلاثين سنة " .وأكد على هذه المدة وسريانها على الالتزامات السابقة على صدوره (١) بعدم زيادة المدة على ثلاثين سنة من تاريخ

(١) صدر هذاالقانون فى ١٩٤٧/٧/٢١ وعمل به من اليوم التالى لتاريخ النشر .

العمل به . وهذا ماورد فى المادة الثامنة من ذات القانون " تسرى أحكام هذا القانون من وقت صدوره على الالتزامات السابقة مع احترام المدد المتفق عليها بشرط ألا تزيد على ثلاثين سنة من تاريخ العمل به . وذلك مع عدم الاخلال بأحكام أى اتفاق صدر بقانون سابق على هذا القانون " .

وتحديد المدة لم يكن وليد الصدفة وانما كان منصوصا عليه فى المادة ١٣٧ من دستور ١٩٢٣ فكان النص " على أن التزامات المرافق العامة لايمكن منحها الا لمدة محدودة " ومع ذلك جرى العمل فى الماضى على منح التزام المرافق العامة لمدة طويلة كانت تصل الى تسع وتسعين سنة . وترجع حكمة تحديد المدة كما وضح فى المذكرة الايضاحية " أن المشرع أصاب حين حدد المدة بثلاثة وثلاثين سنة اذ أن ذلك يكفل للملتزم الانتفاع بالمرفق العام المدة الكافية لاستهلاك ماقام به من نفقات الانشاء " .

ج) الطبيعة القانونية لعقد التزام المرفق العام :ـ

احتدم الجدال فى أوساط دوائر الفقه وأحكام القضاء حول تحديد الطبيعة القانونية لعقد التزام المرفق العام فذهب البعض (١) الى أن ذلك الالتزام يعد عمل انفرادى أما تصرف صادر

(١) انظر د/سليمان الطماوى الوجيز فى القانون الادارى عام ١٩٩٢ طبعة منقحة ص ٣٤١ ، وثروت بدوى ، القانون الادارى ١٩٧٢ ص ١٨١ ، عزيزة الشريف دراسات فى العقد الادارى ص ١٣٨ ، أنس جعفر ، النشاط الادارى ص ٦٨ عام ١٩٩٦ .

من جانب واحد تصدره السلطة العامة مانحة الامتياز بما لها من ولاية آمره ويخضع لها الملتزم اختياره لقبوله شرط الالتزام . وهذا هو ماكان معمولا به فى المانيا وايطاليا . وهذا الاتجاه وان كان يحتفظ للادارة بحقها فى التنصل للتعديل فى قواعد الالتزام والغائه دون حاجة الى رضاء الطرف الآخر الا أنه يغالى فى اغفال نصيب الملتزم فى ابرام العقد مغالاة قد تؤدى الى زعزعة مركزه .

وايذاء هذا الانتقاد ذهب اتجاه آخر كان سائدا طوال القرن التاسع غشر فى مصر وفى فرنسا الى أن عقد الالتزام هو عقد مدنى يخضع لقاعدة شهيرة هى المادة ١٤٧ مدنى أن العقد شريعة المتعاقدين لايجوزتعديله أو نقصه الا باتفاق الطرفين . ولما كانت الشروط الواردة فى عقد الالتزام تقرر تنظيم المرفق وتسييره واستغلاله فان أكثر هذه الشروط تتعلق بحق الغير سواء كانوا هم عملاء المرفق أو موظفوه ، وقد فسرت النظرية على أنه اشتراط لمصلحة الغير للسلطة الادارية من المشترط والملتزم هو المتعهد والعملاء والموظفون هم المنتفعون . وقد كسبوا من عقد الالتزام هذا حقا مباشرا يتمسكون به قبل الملتزم . ثم سرعان ماتبددت هذه النظرية بسبب الجمود الذى يلحق شروط العقد ، فالسلطة الادارية تغل يدها بمجرد اقرار العقد . والضرورة والتطور قيد الادارة مغلولة

لاتستطيع تعديل ظروف التعاقد . كما أن الملتزم يتمتع في ادارته للمرفق العام بمزايا لايتمتع به الأفراد العاديون مثل مثل شغل الديوان العام وفرض أعباء على الأفراد وتقتضيها اقامة منشآت المشروع .

وأخيرا ذهب اتجاه ثالث تبناه العميد دوجي صاحب النظرية الجديدة في تكييف عقد التزام المرفق العام . فقرر أن التزام المرفق العام هو عمل قانوني مركب يحتوي على نوعين من النصوص

النوع الأول : النصوص التي تحوي الاعباء المالية المتبادلة بين الادارة والملتزم . وهي نصوص تعاقدية (١) يتعلق بالمدة وكيفية الاسترداد وتصفية الديون وتنفيذ الأشغال العامة. ولاشأن للمنتفعين بهذه الشروط .

النوع الثاني: نصوص لائحية لايقتصر أثرها على الملتزم فقط وانما تشمل المنتفعين مثل تحديد الرسوم التي يحصلها المرفق والاجراءات الكفيلة بحفظه وسلامة المنتفعين وشروط الانتفاع بالخدمة التي يؤديها .

وقد بررت محكمة القضاء الاداري هذه الطبيعة المركبة لعقد التزام المرفق العام فقضت في أحد أحكامها (١) . " أن الدولة وهي المكلفة

---

(١) انظر محكمة القضاء الاداري حكمها الصادر في ١٩٥٧/٣/٣ السنة ١١ ص٢٣٩ منشور فيد/ابراهيم محمد علي وجمال جبريل عام ١٩٩٦ ص ١٧٥ .

أصلا بادارة المرفق العام فان عهدت الى غيرها بذلك فلم يخرج الملتزم معه عن كونه معاونا لها أو نائبا عنها فى أمر خاص بها وهذه الانابة تعتبر تخليا منها عن ادارة المرفق العام، بل تظل ضامنة ومسئولة قبل أفراد الشعب فى ادارته واستغلاله " .

أى أن العقد هو عقد ادارى بحث يتكون من توافق ارادتين ارادة السلطة الادارية وادارة الملتزم الا أنه لايخضع فى جميع مشتملاته لقواعد القانون المدنى . بل يخضع للقانون الادارى فى نواحيه المتعلقة بتنظيم المرفق وادارته وأسعاره المقررة . وهذا يفسر ماذهب اليه العميد دوجى من أن عقد الالتزام يحوى شقين من النصوص التعاقدية واللائحية (١) . وهذا هو الراجح والمعمول به ويفسر مذهب المشرع فى المادة ٦٦٨ مدنى والمادة ٨ من القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ .

---

(١) انظر د/السنهورى المرجع السابق ص٣٧١ وقد ورد فى فتوى مجلس الدولة فى ١٩/٧/١٩٥٧ السنة ١١ ص٤٦٣ "أن الشركة القائمة باستغلال منفعة المنتزة تعتبر شركة التزام وتخضع لاحكام القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ .

المطلب الثانى

النظام القانونى لعقد التزام المرفق العام

تمهيـــد :

يقصد بالنظام القانونى لعقد التزام المرفق العام القواعد التى تحكم سير المرفق العام وتجعله يحقق الغاية منه وهذه القواعد تدور فى فلك مبادئ ثلاثة هى : عدم جواز الحجز على أموال المرفق العام ـ قابلية المرفق للتغيير فى أى وقت ـ مبدأ المساواة بين المنتفعين . وسوف نعرض لهذه المبادئ الثلاثة كل فرع خاص به على النحو التالى :

الفرع الأول

عدم جواز الحجز على أموال المرفق العام

النص التشريعى:

لقد وضع المشرع هذا المبدأ فى عجز المادة ٨ مكرر من القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المعدلة بالقانون ٥٣ لسنة ١٩٥٥ والتى جاء نصها " لايجوز الحجز ولا اتخاذ اجراءات تنفيذ أخرى على المنشآت والأدوات والآلات والمهمات المخصصة لادارة المرفق العام " .

بامعان النظر فى هذا النص التشريعى سالف الذكر نجد أن المشرع نص صراحة على عدم جواز الحجز على أموال المرفق

ورغم ورود هذا النص ضمن أحكام الالتزام فان مضمونها يسري على جميع الأموال المخصصة للمرافق العامة [١] والتي لاتدخل في نطاق الأموال العامة وأيا كانت طريقة الادارة. وترجع علة ذلك الى أن المرفق يحتاج الى أموال تمكنه من آداء الخدمة العامة المنوط به القيام بها. وقد يتمتع بالشخصية المعنوية أو يشرف على ادارته فرد أو شركة ، فاذا مااستدان المرفق العام أو الهيئة أو الشخص القائم بادارته وامتنع عن سداد ديونه. فهل يجوز الحجز على هذه الأموال أم لا ؟ .

أجاب الفقه على ذلك التساؤل [٢] بأنه ينبغي التفرقة بين أمرين : الأمر الأول : اذا كان المرفق يدار بالطريق المباشر فالمال هنا مال عام لايجوز الحجز عليه وهذا آمر ميسور وسهل لامراء فيه . ولكن الصعوبة تثور بشأن المرفق الذي يدار بالطريق " الامتيازي فهل يجوز الحجز على أمواله . ذهبت احدى المحاكم [٢] في قضائها الى أنه لايجوز الحجز هنا اعمالا لقاعدة استمرار المرافق العامة بانتظام واطراد. ولكن نرى أن المشرع أكد صراحة على عدم جواز هذا الحجز في المادة ٨ مكرر سالفة الذكر وايذاء صراحة النص لامورد للاجتهاد.

---

(١) انظر د/سليمان الطماوي الوجيز في القانون الاداري عام ١٩٩٢ طبعة مزيده منقحة ص ٣٧٦ .

(٢) انظر محكمة القاهرة للأمور المستعجلة ١٩٥٤/١١/١٠ الدعوى ١١٣ لسنة ١٩٥٣ .

الفرع الثانى

قابلية المرفق العام للتغيير

النص التشريعى:

لقد ورد النص على هذا المبدأ القانونى فى المادة ٥ من القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المعدل بالقانون ٥٣ لسنة ١٩٥٥ المعدل بالقانون ٦١ لسنة ١٩٥٨ والتى جاء نصها " لمانح الالتزام دائما من اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أو كان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك مع مراعاة حق الملتزم فى التعويض ان كان له محل " .

ومما نود الاشارة اليه فى هذا المقام أن هذا النص ورد فى عقود الالتزام ويمكن تطبيقه على كافة العقود الادارية (١) . ومنح الامتياز لايكون الا بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشعب. (٢) ومقتضى ماسلف أن للسلطة العامة أن تعدل وفى أى وقت شاءت من قواعد سير المرافق العامة بشرط مراعاة المصلحة العامة فقط . فالادارة المانحة للالتزام تراعى طبيعة المرفق ونوع الخدمات التى يؤديها وكيفية انتفاع الجمهور بها . فاذا ماعن لها فى أى وقت أن هذا التنظيم

---

(١) انظر د/الطحاوى المرجع السابق ص ١٨٤-١٨٥ .

(٢) انظر المادة ١٢٣ من دستور جمهورية مصر العربية الصادر فى عام ١٩٧١ .

لم يعد يتفق مع المنفعة التى رصدت لهذا المرفق العام لكى يكفل الاداء على الوجه الافضل فلها أن تلجأ الى اعادة تنظيمه مرة أخرى • فلها رفع رسوم الانتفاع أو تخفيضها أو التشدد فى شروط الانتفاع بالخدمات التى يؤديها المرفق مع مراعاة القيد العام كما سبق وهو المصلحة العامة • واذا خالفت الادارة هذا النظر فان تصرفها يكون مشوبا بعيب الانحراف ويمكن الطعن على قرارها بهذا العيب أمام محكمة القضاء الادارى المختصة قانونا • وذهب أستاذنا الفاضل المرحوم الدكتور سليمان الطماوى الى أن هذا المبدأ الذى يحكم سير المرفق العام لايقتصر على المرافق التى تدار بالطريق المباشر • بل يمتد ليشمل جميع أنواع المرافق العامة أيا كانت وسيلتها وخاصة التى تدار بالامتياز كل ذلك مشروط بمراعاة قاعدة التوازن المالى بين الادارة والملتزم •

الفرع الثالث

مبدأ المساواة بين المنتفعين

النص التشريعى:

هذا المبدأ يجد جذوره فى المادة ٤٠ من دستور جمهورية مصر العربية الدائم الصادر فى عام ١٩٧١ والتى جاء نصها " المواطنون لدى القانون سواء وهم متساوون فى الحقوق والواجبات العامة فلا تمييز بينهم بسبب الجنس أو الاصل أو اللغة أو الدين

أو العقيدة " ثم امتد هذا المبدأ الذى أورده المشرع قبل ذلك فى المادة ٦٧٠ من التقنين المدنى المصرى الجديد والتى جاء نصها أيضا " اذا كان ملتزم المرفق محتكرا له احتكارا قانونيا أو فعليا وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء فى الخدمات العامة أو تقاضى الأجور " .

من هذا السياق التشريعى سالف الذكر نستطيع أن نستخلص مبدأ عام من مبادئ القانون الادارى (١) ، وهو مبدأ مقرر وثابت فى الدول الصناعيه خاصة ومظهر من مظاهر تدخل السلطة الادارية فى تنظيم المرفق العام حتى يتحقق المساواة التامة بين المنتفعين . والملتزم اما أن يكون محتكرا للخدمة التى يؤديها المرفق احتكارا قانونيا أو فعليا . ويترتب على ذلك أن المنتفعين بالمرفق يجب أن يتساوون فى الانتفاع بالخدمات التى يؤديها المرفق العام .وأى تمييز بينهم بايثار نوع من الخدمة على طائفة من الجمهور دون أخرى أوتخفيض الأجر بجعله يختلف من جهة الى أخرى فان هذا اخلالا بمبدأ المساواة وذلك باعتباره تمييزا غير مشروع . ويجب لمن عاد عليه ضرر من جراء هذا الاخلال غير المشروع الرجوع على الملتزم بالتعويض طبقا لاحكام المسئولية العقدية أو التقصيرية .

---

(١) انظر د/الطماوى المرجع السابق ص٣٧٩ ،السنهورى المرجع السابق ص ٤٠٣ .

لأن التعويض فيه اعادة للتوازن الطبيعي لعقد الالتزام• ولكن مبدأ المساواة بين المنتفعين ليس من المبادئ المطلقة بأن يجوز لكل شخص أن ينتفع بخدمات المرفق العام دون قيد أو شرط وانما المساواة لاتصبح حقا الا بتوافر شروطها أى بالتساوى فى المراكز القانونية والمساواة محل البحث ليست المساواة الحسابيه بين الأفراد وانما المساواة القانونية ، فالمبدأ يرد عليه استثناء ورد فى الفقرة الأخيرة من المادة ٦٧٠ مدنى " ولا يحول المساواة أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوى على تخفيض الرسوم أو الأجور أو الاعفاء منها • واعفاء الممتازين أو العاجزين من المصروفات أو منح أفراد تتوافر فيهم شروط خاصة مثل اعطاء اشتراكات السفر لطلاب الجامعات والمدارس بأجر مخفض دون غيرهم من الناس أو اعفاء العاملين بشركات النقل والسكك الحديدية من دفع أجور الانتقال دون غيرهم من باقى الجمهور • فهذه الاستثناءات لايقصد بها حقيقة تمييز فرد عن آخر بذاته ولكن لوجود ظرف خاص به •

المطلب الثالث

آثار عقد التزام المرفق العام

تمهيد :-

أشرنا سلفا الى أن عقد التزام المرفق العام وعلى ماجرى به الفقه والقضاء فى مصر وفرنسا أنه عقد ادارى• وطالما أنه عقد فإنه يترتب على وجوده صحيحا منتجا لآثارة الفعلية بين أطرافه • وهذه الآثار تتم فى مواجهة علاقة ثلاثية هى : الادارة مانحة الامتياز - والملتزم - والمنتفع• وسوف نعرض لآثار هذا العقد فى مواجهة الأطراف الثلاثة كل فى فرع خاص به كما يلى :

الفرع الأول

الادارة مانحة الامتياز

تمهيد :-

لما كانت الادارة منوط بها حسن سير المرفق العام وهو حق ثابت لها حتى ولو لم يوجد نص فى عقد التزام المرفق العام • فان لها حسب نصوص القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المعدل بالقانون ١٨٥ لسنة ١٩٥٨ فى شأن المرافق العامة العديد من السلطات وهى تتفق جميعا فى السهر على حتى سير المرفق العام وسنتولى شرح هذه السلطات كل فى غض خاص بها على النحو التالى :

الغصن الأول

سلطة الرقابة والاشـــــراف

النص التشريعي:

جاء النص على هذه السـلطة فى عجز المـادة ٥ من قانـــون المرافــق العامــة علــى أنه " لمانـح الالتـزام أن يراقـــب انشـــاء المرفـــق العام موضـــوع الالتـزام من النواحـــى الفنيـــة والاداريـــة والماليـــة وله فى ســبيل ذلك تعييـــن مندوبيـــن عنه فـــى مختلـف الفــروع والادارات التى ينشــئها الملتــزم لاستغلال المرفق ٠٠٠٠ الخ النص " ٠

ومن هذا النــص تســـتطيع أن تـــستخلص أن الادارة تتمتـــع بصـــدد عقد التـزام المرفـق العــام بحـــق الرقابـــة علـىإعـــداد المرفـــق والاشـــراف والتوجيـــه اثنـــاء ادارتـــه (١) ٠ وهـــذا الحـــق مســـتمد من طبيعـــة المرفـــق العـــام الذى يتعلـــق به الالتـــزام ولايمكن للادارة أن تتنازل عن هـــذا الحق كله أو بعضـــه ٠وتعتبـــر النصـــوص الواردة فى العقـــد والتى تنظـــم هـــذا الاشـــراف والتوجيـــه من النصوص اللائحية كما سبق القول وتستطيع الادارة التعديل فيـــــا فى أى وقت تشاء ٠ واذا امتنع المرفق عن تنفيذ الشروط المعدلـــــــة بمعرفة جهة الادارة لها أن تجبره على التنفيذ ولها أن تعدل هـــــذه

---

(١) انظر د/ أنس جعفر ، المرجع السابق ، ص١٢٢ ٠

الشـروط اللائحيـة بارادتهـا المفـردة لمسـايرة الظـروف والأحوال التى تسـتحدث حتى يسـتطيع المرفـق العام أن يحقق النفع العـام. وتعد تعريفـة الأسـعار من أهـم ماينصـب عليـه حق التعديـل وذلك استنادا الى المادة ٢ من قانـون المرافـق العامـة التى جـاء نصهـا " يكون لمانـح الالتـزام الحـق فى اعـادة النظـر فـى قوائـم الأسـعار عقب كل فتـرة زمنيـة على الأسـس التى تحدد فـى وثيقة الالتزام . وذهب البعض(١) الى أنه كان للادارة حق تعديـل الشروط اللائحيـة بمحض ارادتهـا توقف على ارادة الملتزم فانه يحـق للملتزم الحصـول علـى تعويض نظيـر مايكون قد عاد عليه مـن أضـرار بسـبب هذا التداخـل الارادى للادارة . والادارة لها كامـل اختيار شخص الملتـزم الذى ترى أنه يصلح للقيام بادارة واستغـلال المرفق العام سواء من الناحية الاداريه أو المالية أو الفنية أو الاقتصادية، ولاتتقيد الادارة مانحة الالتزام عند اختيارها للملتزم باتباع الأسـاليـب المعتادة فى العقود الادارية الأخرى كأسلوب المناقصة أو المزايدة. ولكـن تتقيد الادارة فى هذا الصدد بقاعدة عدم الانحراف فى استعمـال السلطة(٢).

وقد أشار المشرع صراحة فى صلب قواعد التقنين المدنـى

---

(١) انظر د/ابراهيم محمد على وجمال جبريل العقود الادارية عام١٩٩٦ ١٨٦-١٨٨.

(٢) انظرد/ سليمان الطماوى ، المرجع السابق ، ص٢١٨ .

فى التزامات المرافق العامة الى سلطة اعادة النظر فى قوائم الأسعار سواء بالزيادة أو التخفيض وذلك فى المادة ال ٢/٦"٠٠ ويجوز اعادة النظر فى هذه القوائم وتعديلها ٠٠٠ الخ النص " وجعل لتحديد تعريفة الأسعار فى المادة ١/٦٧١ مدنى قوة القانون بالنسبة الى العقود التى يبرمها الملتزم مع العملاء ٠ ولايجوز للمتعاقدين الاتفاق على غير ذلك ٠

الغض الثانى

اسقاط الامتياز

بادئ ذى بدء لنا أن نتسائل عن مدى سلطة الادارة فى اسقاط عقد التزام المرفق العام أى اسقاط الامتياز الممنوح للملتزم ؟ ٠

يجوز لجهة الادارة باعتبارها لها حق الرقابة والاشراف والتوجيه كما سبق القول أى توقع العديد من الجزاءات مثل توقيع غرامة على المخل بالالتزام أو الحلول محل الملتزم فى ادارة المرفق العام ٠ ولها وهو أشد الجزاءات خطورة اسقاط الالتزام بمعنى فسخ العقد على حساب الملتزم نتيجة خطئه الجسيم ٠ وذهب الفقه (١) الى أن الادارة يجوز لها هذا

---

(١) انظر د/الطماوى ،المرجع السابق ،ص٣٢٩ - أنس جعفر ص١٦٩٠

الاسقاط دون حاجة لصدور حكم من القضاء بذلك • وقد أيدت المحكمة الادارية العليا هذا المبدأ فقضت [١] " لأنه وان كان الالتزام قد نص على سحب الالتزام وليس على اسقاطه الا أن الاسقاط والسحب يتفقان فى مدلولهما وفى الآثار المترتبة عليهما وان قصد فيهما توقيع جزاء رادع على الملتزم لاخلاله الجسيم بشروط الالتزام، فالسحب والاسقاط كلاهما من الالفاظ المترادفة لمعنى واحد وهو رفع يد الملتزم عن ادارة المرفق قبل انتهاء مدته لمواجهة المخالفات الجسيمة الصادرة من الملتزم " • وقد استطردت المحكمة الادارية العليا بقولها أنه ليس صحيحا فى القانون أن هذا الجزاء لايجوز توقيعه الا بحكم من المحكمة المختصة غاية الأمر أن يشترط لاعمال هذا الاسقاط توافر شرطين هما :

الشرط الأول : ارتكاب الملتزم مخالفات جسيمة أو يتكرر احتماله أو يعجز عن تسيير المرفق العام بانتظام •

والشرط الثاني: أنه يجب توجيه انذار بذلك الى الملتزم قبل توقيع جزاء الاسقاط •

---

(١) انظر الادارية العليا فى ١٩٧٧/١١/٣٠ •

الغصن الثالث

استرداد المرفق قبل نهاية المدة

أساس وطرق الاسترداد :

لما كانت الادارة لها سلطة واسعة فى الاشراف والتوجيه والرقابة على تسيير المرفق العام فاذا أصبح المرفق فى حالة اختلال كلى أو جزئى • فان الادارة باعتبارها مانحة الامتياز لها أن تسترد المرفق قبل نهاية المدة المحددة وتقوم هى الادارة أو تستندها الى الغير • وهذا الحق يكمن أساسه فى سلطة الاشراف والتوجيه والرقابة الممنوحة لجهة الادارة •

وقد أوضح المشرع هذه السلطة فى المادة ٤ من قانون المرافق العامة التى جاء نصها على أنه " يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع الاسترداد قبل انتهاء المدة " وهذا هو مايطلق عليه الاسترداد التعاقدى أى طبقا لشروط العقد • وقد تمارس الادارة هذه السلطة خارج هذه الوثيقة ويطلق على هذه الطريقة الاسترداد غير التعاقدى • وقد يكون الاسترداد بنص القانون وسوف تعرض لهذه الصور كما يلى :

أ) الاسترداد التعاقدى :

وهو الذى يكون وارد النص عليه فى وثيقة الالتزام محددة شروطه وكيفية اعماله ويكون للادارة حينئذ استرداد هذا المرفق العام

مباشرة كاملا ولايوجد التزام على جهة الادارة للغير أثناء فترة الاستغلال وقبل الاسترداد أي أن الملتزم يدير المرفق لحسابه وعلى نفقته وتحت مسئوليته ، ومن ثم فان جميع الديون التى تترتب على ذلك تعتبر التزاما عليه وحده ولاشأن لجهة الادارة مانحة الالتزام بذلك ٠وذلك الا اذا وجد نص يخالف ذلك (١).

ب) الاسترداد غير التعاقدى :

اختلف الفقه (٢) حول هذا الأسلوب الممنوح لجهة الادارة ولانرى مجالا لعرض هذا الخلاف ونحيل فى شأنه الى مراجع العقود الادارية فهو المجال الخصب لعرضها كاملة فذهب البعض الى أنه لايجوز للادارة هذا الاسترداد الا اذا كان منصوصا عليه فى وثيقة الالتزام أو فى قانون خاص استنادا الى الحق المكتسب للملتزم فى استغلال المرفق ٠ بينما ذهب البعض الآخر الى أنه يجوز للادارة هذا الحق وذلك استنادا الى أن الادارة لايمكنها التنازل عن المرفق ولها أن تستبدل طريقة ادارته بالطريق الذى يحقق النفع العام ، ونرى أن الاتجاه الأخير هو الأولى بالترجيح وذلك لأن الادارة منوط بها الاشراف والتوجيه والرقابة تحقيقا للصالح العام ٠

---

(١) انظر د/ثروت بدوى فعل الامير فى العقود الادارية ١٩٥٥ص١٢٣ الطحاوى ،العقود الادارية ص٨٠٤ ، عزيزة الشريف،ص١١٠ . أنس جعفر ص ١١٩ ٠

(٢) انظر د/ثروت بدوى حق الادارة فى تعديل عقودها ١٩٦٣ص٩٦ ابراهيم محمد على وجمال جبريل عام ١٩٩٦، ص٢٠٠_٢٠١ ٠

ج) الاسترداد بنص القانون :

باستعراض التشريعات الخاصة بهذه الطريقة نجد أن المشرع أورد العديد من الحالات نعرض لأهمها وأكثرها ذيوعا في المجال التطبيقي وهي :

١- ماجاء بالمادة الأولى من القانون ٢٨٥ لسنة ١٩٥٦ بشأن انهاء امتياز شركة قناة السويس بأن أمم هذه الشركة الى شركة مساهمة مصرية وتنتقل الى الدولة بما لها من حقوق وماعليها من التزامات ويعوض المساهمون وحملة حصص التأسيس حسب سعر الاقفال السابق على ١٩٥٦/٧/٢٦ وهو تاريخ صدور هذا القانون .

٢- أيلولة مرفق مياه القاهرة الى البلدية بالقانون ١٤٥ لسنة ١٩٥٧ .

٣- انهاء ترخيص ماركوني راديو في بشأن تشغيل التلغراف الدولي بالقانون ١٠٧ لسنة ١٩٥٧ .

الفرع الثاني

الملتزم

يعتبر الملتزم هو الطرف الثاني في عقد التزام المرفق العام . ومن ثم لابد من التعرض للحقوق التي يتمتع بها من خلال العقد . وهذه الحقوق تنحصر في أربعة حقوق هي :

أولا : الحصول على مقابل من المنتفع نظير القيام بالعمل محل الالتزام:
سبق أن أوضحنا أن الملتزم يمكن أن يكون فردا عاديا أو شخصا معنويا

متمثل فى صورة شركة، ومن ثم فهو فى سبيل القيام بادارة المرفق العام يقوم بالانفاق عليه باحضار الأدوات والآلات والمهمات التى سيتلزمها تشغيل هذا المرفق. ومن ثم مقابل ذلك يحق له تحصيل مقابلا لهذا الانتفاع من العملاء . ويلتزم الملتزم بماتعرضه الادارة كما سبق القول من أسعار للخدمات التى يؤديها المرفق . فالنصوص التى تحدد تعريفة أسعار الخدمات للمنتفعين هى من قبل الشروط اللائحية التى تملك الادارة تعديلها فى أى وقت بما يحقق النفع العام. واذا استجد من ظروف تستدعى تعديل الأسعار فان الملتزم لايحق له بالارادة المنفردة مواجهة هذه الزيادة . وانما يلجأ على الادارة باعتبارها المختصة بهذا التعديل . وقد وضع المشرع قيدا على المقابل فنص فى المادة ٣ من القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ فى شأن المرافق العامة " لايجوز أن تتجاوز حصة الملتزم المئوية من صافى الأرباح ١٠٪ من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال . فاذا زاد صافى الأرباح عن ذلك استخدمت الزيادة فى تكوين احتياطى خاص للسنوات التى تقل فيها الأرباح عن ١٠٪ ، واذا بلغ الاحتياطى نسبة الـ ١٠٪ وجهت الزيادة فى صافى الأرباح الى أغراض تحسين وتوسيع المرفق العام أو خفض الأسعار وفقا لما تراه الجهة مانحة الالتزام " .

ثانيا : الحصول على المزايا التى تلتزم بها السلطة الادارية :

لما كان عقد الالتزام طرفيه هما السلطة الادارية والملتزم فان من حق الملتزم اذا ورد بذلك العقد مزايا التزمت بها الادارة مثل تقديم قروض لتسهيل القيام بأعباء المرفق العام أو عدم السماح لأى شخص أو شركة بممارسة نشاط الامتياز محل عقد الالتزام أو حق استخدام الطرق العامة بدون رسوم ، وكذلك نزع الملكية اللازمة لانشاء واستمرار نشاط المرفق العام . ففى هذه الأحوال يجب على الادارة الالتزام بأداء هذه الالتزامات وإلا يحق للملتزم المطالبة بالتعويض .

ثالثا : ضمان التوازن المالى لعقد الامتياز :

ورد النص على ذلك فى المادتين ٥ ، ٦ من القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المعدل فى شأن المرافق العامة فجاء نص المادة ٥ على أنه " لمانح الالتزام دائما متى انتفت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك مع مراعاة حق الملتزم فى التعويض أن كان له محل " .

وجاء أيضا نص المادة ٦ من ذات القانون "... اذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولابد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها

وأفضت الى الاخلال بالتوازن المالى للالتزام أو الى تعديل الكيان الاقتصادى كما كان مقدار وقت منح الالتزام جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار . واذا انتفى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر فى استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة الى القدر المعقول " .

والذى يهمنا فى مجال الدراسة أنه يقصد بالتوازن المالى فى عقد الامتياز أن يكون مستحقات المتعاقد مع الادارة وهو الملتزم متوازنة ومتعادلة من أعبائه ونفقاته ، وقد وضع المشرع هذا الضمان لمواجهة التعسف الذى قد يبدو من الادارة فى استخدام حقها المطلق فى الاشراف والرقابة والتوجيه. ومن ثم فان حاصل القول يؤدى بنا الى القول أنه اذا طرأت ظروف تؤدى الى زيادة أعباء المتعاقد عندئذ يجب على مانح الالتزام أن يعوضه ويساهم فى التقليل من خسائره حتى تصل الى ضمان التوازن المالى للعقد .

الفرع الثالث

العملاء

النص التشريعى

واجه المشرع علاقة المنتفع بالملتزم فى عجز المادة ٦٦٩ مدنى مصرى والتى جاء نصها على أنه ". ملتزم المرفق العام يتعهد بمقتضى

العقد الذى يبرمه مع عميله بأن يؤدى له على الوجه المأمون الخدمات مقابل للأجر الذى يقبضه وفقا للشروط المنصوص عليها فى عقد الامتياز وملحقاته والشروط التى تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ماينظم هذا العمل من قوانين ".

ذهب الفقه[١] الى أن العميل بعد ابرام العقد مع الملتزم فانه يصبح دائنا له بأداء خدمات المرفق وله أن يطلب مباشرة من الملتزم أداء هذه الخدمات العامة ويطلق على هذا الحق الحق فى الانتفاع بالمرفق . وقد اختلف الفقه حول تكيف العقد بين العميل والملتزم . فذهب البعض[٢] الى أن ذلك لايعد عقد بل ارادة منفردة من جانب العميل بموجبها يخضع لمركز منظم هو ذلك المركز الذى ينظمه عقد الالتزام وملحقاته بما يشتمل عليه من شروط تنظيم المرفق وادارته وتنظمه الشروط التى تقتضيها طبيعة المرفق . وهذه الارادة هى تصرف شرطى " ولكن ذهب البعض الآخر [٣] الى أن ذلك يعد عقدا فهناك الايجاب والقبول . وهو عقد مدنى متميز يخضع لنظام مقرر . فالعقد المدنى بين العميل والملتزم يخضع العقد التنظيمى الادارى بين الملتزم والادارة العامة . ونرجح هذا الاتجاه الأخير لاتساقه مع النص الوارد فى القانون المدنى سالف الذكر ونصوص المادة ٦٦٩ مدنى .

---

(١) انظر د/ السنهورى الوسيط جـ٧ ص ٣٧٦ .

(٢) انظر ديجيه مركز الافراد تجاه المرافق العامة، مجلة القانون العام ١٩٠٧ ص ٤١١ .

(٣) انظر فالين مركز عميل المرفق العام المجلة الاقتصادية١٩٣٧ص٢٥٦

ولما كان هذا العقد يخضع للنظام المقرر فى عقد الالتزام فانه يخضع تبعا لذلك للمبادىء العامة التى يقوم عليها عقد الالتزام نفسه • وهذه المبادىء فرضتها نصوص القانون المدنى وهى متعلقة بالنظام العام • وقد اختلف فقهاء القانون العام (١) حول الأساس القانونى للحقوق التى يتمتع بها العملاء فذهب البعض الى أن أساس ذلك يكمن فى الاشتراط لمصلحة الغير• ولكن هذه النظرية فاسدة فى أساسها • فالغير فى عقد الالتزام لايمكن تحديده مقدما وأن مجال تطبيق النظرية قاصرا على الغير المحدد سلفا • بينما ذهب الاتجاه الراجح الى أن أساس ذلك هو الطبيعة الادارية لعقد الامتياز بصفة خاصة والعقود الادارية بصفة عامة• فعقد الامتياز معظم نصوصه نصوصا لائحية يمتد أثرها الى العملاء وهو بذاته كاف لتبرير حقوق العملاء •

المبحث الثانى

عقد النشر

تمهيد :-

أثبت الواقع التطبيقى أن هناك صورا عديدة لعقد النشر وهو عقد غير مسمى لم ينظمه المشرع المصرى

---

(١) انظر د/ابراهيم محمد على وجمال جبريل المرجع السابق ص٢١٠ عرض الخلاف فى الرأى •

في نصوص التقنين المدني • ولا يعنينا سوى الصورة التي يكون فيها هذا العقد عقد مقاولة وهى احتفاظ المؤلف بحقه في الاستغلال المالي للمؤلف فيقوم بطبع المؤلف على نفقته ثم يقوم الناشر بتوزيعها على الجمهور بطريقته • فالمقاول هنا هو الناشر والمؤلف هو صاحب العمل • وعلى كل حال سواء كان عقد النشر عقد مقاولة أو بيع لحق الاستغلال فان له اركان ويترتب عليه التزامات • كل هذه العناصر العامة تستدعى الوقوف على ماتثيره من تفصيلات للوقوف على النظام القانوني لهذا العقد • وسوف نتولى ذلك في مطلبين يتناول الأول : أركان عقد النشر • ويتناول الثاني: آثار عقد النشر وذلك على النحو التالي :-

المطلب الأول

أركان عقد النشر

يثير اركان عقد النشر الاركان الآتية :-

أولا : المؤلف

بادئ ذى بدء ننوه الى أنه لايقصد بالمؤلف الشخص الذى قام بالكتابة ذاتها ولكن المعول عليه هو المرجع والعمل الفني أو الأدبي محل عقد النشر • فالعمل محل عقد النشر يمكن أن يكون عملا فنيا مثل الرسم والتصوير والنحت والغناء والتلحين • ويمكن أن يكون عملا أدبيا مثل ترجمة الكتاب

من اللغة الأجنبية الى غير اللغة الأصلية أو كتابة القصص أو الاخراج المسرحي. وذهب الفقه الى أنه يجب التميز (١) بين الملكية الأدبية والفنية للمؤلف . وأن الأخيرة هي التى تكون محلا للاستغلال وبين الأصول المكتوب فيها العمل الفنى أو الأدبى . فالأصول تبقى ملكيتها للمؤلف نفسه ويستطيع أن يستردها من الناشر بعد الفراغ من الطبع . وقد تنتقل ملكية الأصول الى شخص آخر غير المؤلف دون أن يلحق بها الملكية الأدبية والفنية . فالمالك لها أو الحائز فى أى الأحوال لايجوز له التعاقد مع الناشر على نشرها طالما أنه لايملك المكانة الفنية أو الأدبية . والغالب الأعم أن يقوم المؤلف بتحديد الشكل الذى يطبع فيه مؤلفه وعدد النسخ والثمن الذى يعرض به للجمهور وعدد الطبعات . وهذا هو مايدون فى عقد النشر بين المؤلف والناشر . ولكن اذا لم يحتوى العقد على هذه الشروط . فان الناشر يحق له اختيار الشكل الذى ينشر به المؤلف وعدد النسخ والطبعات والثمن الذى يجعل المؤلف سريع التداول بين أيدى الجماهير . وذهب استاذنا الفاضل الدكتور السنهورى الى أنه اذا لم يعين فى عقد النشر عدد الطبعات التى يحق للناشر اصدارها فانه يجوز للناشر حق اصدار الطبعة تلو الأخرى الى أن يخطره المؤلف

---

(١) انظر د/السنهورى الوسيط جـ٧ ص ٤١٧

بانتهاء العقد .

ثانيا : التراخي :

لما كان عقد النشر من العقود غير المسماه . وهو عقد رضائي بطبيعته لم يشترط فيه المشرع أي شرط للانعقاد أو الاثبات . فهو ينعقد بارادة طرفيه وهما الناشر والمؤلف . فطالما أن الارادة سليمة خالية من العيوب وحرة في التعاقد فان العقد ينعقد بين طرفيه. ويخضع هذا العقد الذى يكون ذا طبيعة مختلطة للقواعد العامة في الاثبات . فالناشر يقوم بعمل تجارى بطبيعة الحال ومن ثم فانه يتقيد بقواعد الاثبات في مواجهة المؤلف . فلا يجوز اثباته العقد الا بالكتابة أو مايقوم مقامها اذا زادت قيمة التصرف على مائة جنيه . أما المؤلف حتى ولو كان يقوم بتسويق المؤلف بنفسه فان عمله عمل مدني[1] . فيجوز له اثبات العقد بكافة طرق الاثبات حتى ولو زاد التصرف على مائة جنيه ، ولايقوم التراخي في عقد النشر على اعتبارات شخصية للناشر . الا اذا قامت دلائل وظروف تدل على ذلك[2] .

---

(١) القيام بالبيع للمؤلف حتى ولو كان يهدف من وراء ذلك الى الربح فانه لايعتبر عملا تجاريا بل عملا مدنيا فالقيام بالبيع ليس الا عملا تابعا لقيامه بالعمل الأدبي أو الفني .

(٢) انظر د/محمد كامل عقد المقاولة ص ٦٥٣ .

وترتيبا على ذلك فانه اذا توفى الناشر أو قام ببيع المحل التجارى فان عقد النشر لاينتهى بل يستخدم فى مواجهة من انتقل اليه العقد الورثة أو المشترى الجديد .

ثالثا : الأجر :

يعتبر عقد النشر من عقود المعاوضة .أى لابد من المقابل المالى الذى يتولى دفعه الناشر مقابل استغلاله لحق الملكية الأدبية والفنية للمؤلف ... ومن ثم فهو عنصر جوهرى فى هذا العقد . ويتحدد الأجر طبقا للصورة التى تتحدد فى عقد النشر . فاذا قام المؤلف بالتنازل للناشر عن حق المؤلف وكان طبع المصنف كما يشاء وفى أى وقت . فان العقد هنا يكون تبعا لحق المؤلف فان الثمن الذى يدفع وهو الأجر قد يكون مقسطا أو عند طبع الدفعه أو يحدد جزافا . وقد يتدخل الناشر فى تحديد سعر النسخة وهنا يلتزم الناشر بذلك السعر (١) . ولكن اذا كان عقد النشر فى صورة تنازل المؤلف عن طبعة واحدة من طبعات الكتاب فانه يحدد للناشر عدد النسخ التى يتم طبعها والمدة التى يتم فيها بيع هذه النسخ. والثمن هنا يكون نسبة مئوية من النسخ أو الثمن التى تباع به أو مقسطا

---

(١) هذا التحديد يعتبر اشتراط لمصلحة الغير يقوم به المؤلف حتى لايرهق الناشر الجمهور بزيادة سعر المصنف .

على أقساط قسط يبدأ عند العقد والآخر فى بداية البيع . ولكن اذا كان عقد النشر فى صورة قيام الناشر بطبع الكتاب وعرضه للبيع فان الناشر يكون هوالمقاول وهو الذى يستحق الأجر وليس المؤلف . فما ينبغى بعد استرداده من مصاريف الطبع فان الناشر يستحق ثمنا لحق الملكية الأدبية أو الفنية على حسب الأحوال .

المطلب الثانى

آثار عقد النشر

تمهيد :

يعتبر عقد النشر من العقود الملزمة للجانبين . ومن ثم يحق للطرف الذى يمتنع المتعاقد معه عن تنفيذ التزامه حبس التزامه لحين الوفاء به . وهذا كله محض تطبيق للقواعد العامة ، ولما كان طرفا هذا العقد هما المؤلف والناشر . فانه يقع على عاتق كل منهما التزامات فى مواجهة الطرف الآخر . ومن ثم فقد بات لزاما علينا فى مجال هذه الدراسة الوقوف على التزامات المؤلف والتزامات الناشر . وسوف نبحث كل من هذه الالتزامات فى فرع خاص به على النحو التالى :

الفرع الأول

التزامات المؤلف

يقع على عاتق المؤلف التزامان هما :-

أولا : وضع حق الملكية الأدبية أو الفنية تحت تصرف الناشر :-

مقتضى عقد النشر أن يقوم الناشر بطبع المصنف أو المؤلف المراد نشره على الجمهور وهذا هو محل عقد النشر أى يقوم المؤلف بتسليم الناشر أصول العمل الأدبى أو الفنى للناشر يتولى طبعه ونشره على

الجمهور طبقا لعقد الاتفاق بينهما . ويكون تسليم حق الملكية الأدبية أو الفنية بوضع هذه الأصول التى تعتبر ملكيه مادية (١) تحت تصرف الناشر . فالمؤلف عليه تسليم أصول هذا العمل ونسخه مطابقة لهذا الأصل . واذا امتنع المؤلف عن ذلك . فانه يحق للناشر فسخ العقد مع التعويض اعمالا بنص المادة ١٥٧ مدني. ولايجوز اجبار المؤلف على هذا التسليم عينا طبقا لقواعد التنفيذ العيني اذ أن فى التنفيذ العيني مساس بالحرية الشخصية للمؤلف واعتباره الأدبي (٢) . ولايجوز للمؤلف التذرع بهذه الوسيلة للهروب من تنفيذ التزامه . ويتولى المؤلف بعد طبع المؤلف وقبل النشر القيام بعملية مراجعة وتصحيح الأخطاء المادية واضافة تعديلات بالزيادة أو النقص على المؤلف ويكون ذلك على نفقة الناشر الا اذا كان هناك اتفاق فى عقد النشر بجعلها على نفقة المؤلف .

ثانيا : ضمان التعرض :-

يلتزم المؤلف بضمان تعرضه الشخصي المادي أو القانوني وتعرض الغيركذلك للناشر . فيمتنع عليه بعد

---

(١) انظر/بلانيول وربير ص٤١٥ ،استئناف باريس١٨٧٨ ،داللوز١٣٧/٢/٧٨
(٢) انظر المواد : ٢٠٦ ، ٢٠٧ مدني مصرى — ٢١٩ مدني مصرى .

اتمام عقد النشر مع الناشر التعاقد مع ناشر آخر رغبة فى الحصول على أجر عالى والا يكون للناشر المطالبة بمنع تعرضه له فى ذلك والمطالبة بالتعويض وذلك تأسيا على قواعد المسئولية المدنية العقدية. ويقع على عاتق المؤلف أيضا التزاما بعدم نشر هذا المؤلف فى جريدة أو مجلة على عددين متتاليين لأن ذلك يتعارض مع حق الناشر ويحق للأخير المطالبة بالتعويض . ويشمل الالتزام بالضمان أن يرد المؤلف عن الناشر ادعاء الغير بأن العمل الأدبى أو الفنى محل النشر مسروق كله أو بعضه أو أنه يتضمن انتهاكا لحرمة اسرار الغير مما يشكل معه مسئولية توجب التعويض . فاذا لم يقم المؤلف بدفع التعويض الصادر من الغير وهو التعرض القانونى فقط فإن الناشر يحق له الرجوع على المؤلف بموجب قواعد الضمان الواردة فى نصوص المسئولية العقدية .

الفرع الثانى

التزامات الناشر

يقع أيضا فى المقابل لالتزامات المؤلف التزامان على عاتق الناشر وهما :

أولا : طبع ونشر المؤلف :

الهدف الأول من عقد النشر ليس هو الربح المادى الذى يحصل عليه المؤلف والكسب المادى الذى يتحصل عليه المقاول الناشر . ولكن هدفه هو المصلحة الأدبية فى نشر المؤلف بين أفراد الجمهور . ومن ثم يقع التزاما على عاتق الناشر أن يتولى طبع المؤلف ونشره على الجمهور وذلك فى الوقت المتفق عليه فى عقد النشر . واذا تأخر الناشر عن الطبع والنشر فى الوقت المحدد . فانه يجوز للمؤلف فسخ العقد مع التعويض واسترداد أصول المؤلف . أو عرض الأمر على القضاء لتحديد المدة الملائمة . وفى قضاء لبعض المحاكم (١) . وانه اذا سلم المؤلف الأصول للناشر مع الرسوم اللازمة وبقيت الأصول والرسوم عند الناشر مدة تناهز ثلاث سنوات جاز للمؤلف طلب فسخ العقد واسترداد الأصول والرسوم وأن يحصل على تعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء اخلال الناشر بالتزامه " . وقضت بعض المحاكم أيضا (٢) " أن الناشر لم يعف من المسئولية عن التأخير فى الطبع ونشر المؤلف بالتدريج بأن فيه اخلال بالأمن العام أو الاداب العامة أو أنه يحوى قذفا وسبا فى حق الغير . بل عليه طبع ونشر المؤلف

---

(١) انظر محكمة السين الجزئية ١٩٥٢/٣/٢٩ جازيت دى باليه ١٩٥٢ ـ ١ ـ ٤١٨ .

(٢) انظر محكمة باريس ١٨٥٨/٥/٥

والا تعرض للمسئولية عن التأخير فى تنفيذ التزامه " ولكننا لانشايع الاتجاه الأخير فيما ذهب اليه وتذهب مع ماقرره أستاذنا الكبير الدكتور السنهوري (١) أن الناشر عليه طلب بطلان العقد لمخالفته للنظام العام أو الآداب ٠

ثانيا : احترام الحقوق المالية والأدبية للمؤلف :-

بالطبع ينشأ عن عقد النشر حقا ماليا للمؤلف فيتمثل في صورة الأجر الذى يتقاضاه من الناشر ٠ وكما سبق القول فان الأجر يختلف تحديده طبقا لما سبق القول حسب صورة عقد النشر الذى يحوى اما التنازل كلية عن حق المؤلف ٠ أو قيامه بالطبع والنشر على نفقة الناشر أو كان المؤلف أو المقاول فهو الذى يتولى عملية الانفاق ثم خصم ماتم دفعه لطبع ونشر المؤلف ٠ واذا لم يتم الاتفاق على المقابل المالى للمؤلف وجب الرجوع الى القواعد العامة الواردة فى المادتين ٧٥٩ ، ٧٦٠ مدنى مصرى ٠ ففى الأولى يحدد الأجر طبقا لقيمة العمل ونفقات عقد المقاولة والثانية تحدده طبقا للعرض الجاري فيمكن عن طريق تطبيق قواعد التفسير وهى القياس قياس تحديد أجر المهندس المعمارى على المؤلف وكما ذهب الفقه الى أن كلاهما من

---

(١) انظر السنهوري الوسيط ج٧ ص٤٢٥ هامش ١ ٠

ذوى المهن الحرة ويقدر القاضى أجر المؤلف حسب قيمة العمل فى العرض الجارى (١) .

وأما عن الحق الأدبى للمؤلف الذى يحتوى على الحق فى اسم المؤلف وفكرته والدرجة العلمية الحاصل عليها والعنوان . كل هذه العناصر ليس للناشر حق عليها . بل عليه احترامها فلايستطيع الاضافة عليها أو حذفها حتى ولو كانت تعرض شيئا مخالف للنظام العام أو الآداب أو تتضمن قذفا أو سبا فى حق الغير . بل عليه رفع دعوى ببطلان العقد لمخالفته للنظام العام . ويخرج عن ذلك غلاف الكتاب فان الناشر له حرية أوسع فللناشر أن يغير الغلاف الذى نشر به المؤلف أو أن يضع عليه اسماء المؤلفات التى قام بنشرها الناشر حتى ولو كانت لغير المؤلف (٢) . ويحق للناشر تصحيح الأخطاء المطبعية التى فاتت على المؤلف . وله فيما يتعلق بالمراجع العلمية والتاريخية وضع تعقيب فى حواش المؤلف عما استحدث من معلومات تتعلق بهذه المراجع .

---

(١) انظر د/محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٠ ص ٥٥١

(٢) انظر د/ السنهورى الوسيط جـ٧ ص ٤٢٩ .

المبحث الثالث

عقد الاعلان

تمهيد :-

يعتبر عقد الاعلان أكثر عقود المقاولة انتشار في هذه الآونة الحاضرة من القرن العشرين وذلك يعدو غداة انتشار المشروعات الاستثمارية والصناعية ونتيجة لتحول المجتمع المصرى من مجتمع زراعي الى مجتمع صناعي فكل صاحب حرفة أو مشروع يهمه وصول مهنته أو حرفته الى الجمع الغفير من الناس للاعلان عن هذه الصنعة أو الحرفة أو الكشف عن المشروع ومنتجاته تمهيدا لرواج انتشارها بين أيدى العامة فى كل الأنحاء. وهذا يبرز بجلاء أهمية دراسة هذا العقد للوقوف على أحكامه التفصيلية ولن يتأتى هذا الا بالحديث عن ماهية العقد وخصائصه وكيفية صور الاعلان. واذا انعقد العقد صحيحا فانه لابد له من آثار على عاتق طرفيه وسوف نوضح ذلك فى مطلبين. يتناول المطلب الأول : ماهية عقد الاعلان وخصائصه وطرق الاعلان. ويتناول المطلب الثانى: آثار عقد الاعلان أى التزامات الناشر وصاحب الاعلان باعتباره عقد مقاولة. وذلك مايلى :

المطلب الأول

ماهية العقد وخصائصه

ماهية العقد :-

لم يرد نصوص التقنين المدني المصري تعريفا لعقد الاعلان لأن المشرع لم ينظمه . وبالتالي يعتبر هذا العقد من العقود غير المسماه . ومن ثم لابد من وضع تعريف جامع مانع لماهية هذا العقد . فعقد الاعلان هو عقد يتم بين صاحب الاعلان والناشر على نشر الاعلان عن الصناعة أو المنتج لشيء مادي أو أدبي بحيث يصل علم الجمهور عن وجود هذه المنتجات [١] . فيتم التعاقد على الاعلان بين صاحب الاعلان والناشر ، ويعتبر الأخير هو المقاول وصاحب الاعلان هو رب العمل . ولايوجد شكل معين ينبغي ابراز عقد الاعلان فيه ،بل ينعقد في أي شكل يراه المتعاقدين وذلك بمجرد تطابق الارادتين أي تطابق الايجاب مع القبول . وذهب البعض [٢] الى أنه يقع

---

(١) انظر نقض مدني ١٢/١/١٩٩٢ الطعن ٢٤٦ السنة ٤٥ منشور في مجلة القضاه الفصلية عام ١٩٩٢ ص٣٨-٣٩ التعليق على أن عقد التركيبات التي تقام على أسطح وواجهات العقار للدعاية لاتخضع للتشريع الاستثنائي في خاصة الاهتداء القانوني لانقضاء علة التشريع .

(٢) انظر د/السنهوري الوسيط جـ٧ ص٤٥٧ طبعة نادي القضاة عام ١٩٨٩ .

عادة أن يكون للجريدة أو المجلة نظام خاص للاعلان يوضح فيه الشروط والأجر المقابل لذلك . ويعتبر هذا دعوة للتعاقد وليس ايجاب . وبالتالى يصدر الايجاب من صاحب الاعلان ، والقبول يكون من صاحب المجلة أو الدورية . ويترتب على ذلك كما ذهب قضاء بعض المحاكم (١) أنه يجوز لصاحب المجلة أو الجريدة رفض قبول الاعلان ليس فقط لأنه لم يوجد مكان خال لنشر الاعلان أو لأن نشره يعرضه للمسئولية الجنائية أو المدنية . بل لأن الاعلان لايتفق مع اللون الذى اختاره صاحب المجلة لهذه المجلة . ويؤكد الفقه (٢) أنه لابد حتى نكون بصدد عقد اعلان أن تتجه نية المتعاقدين الى تحقيق عمل اعلانى وأنما التمهيد له والتحضير لوسائله لايكون معه والحال كذلك هناك عقد اعلان . فلو تعاقد شخص مع صاحب مطبعة على طبع النشرات التى يعدها للاعلان دون أن يكلفه بتوزيعها . فهذا عقد مقاولة على الطباعة . وانما اذا كلفه بتوزيع هذه النشرات على الجمهور أو عرضها للبيع بمعرفته فهذا عقد اعلان .

---

(١) انظر محكمة السين الجزئية ١٩٩٦/١١/٣٠ واللوز ٦٦-٣-١١٢ .
(٢) انظر د/محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٥ ص ٥٥٦ .

خصائص عقد الاعلان :ـ

من خلال ماسبق دراسته يمكن القول أن عقد الاعلان يتسم بعده خصائص نذكرها على النحو التالى :ـ

١ـ عقد رضائى:

سبق أن أسلفنا أن هذا العقد من العقود غير المسماه التى لم يتصدى المشرع المصرى لها بالتنظيم فى نصوص التقنين المدنى المصرى الجديد • ولم يكن هناك شرط معين لافراغه فيه • وليس أيضا هناك وسيلة معينة لاثباته بل يخضع للقواعد العامة فى الوجود والاثبات والانقضاء ، ومن ثم فهو عقد يتم بمجرد تطابق الايجاب والقبول مع صاحب الاعلان والناشر ولايحتاج الى أى اجراء لاتمامه ، ومن ثم فهو يتسم بالرضائية فى تكوينه واتمامه •

٢ـ عقد معاوضة:

لما كان العقد يتم بين صاحب الصناعة والناشر على القيام بالنشر عن هذه الصناعة أو المنتج المادى أو الفنى أو الأدبى • فإن ذلك يكلف الناشر مصاريف لهذا النشر فلابد أن يكون هناك مقابل لذلك • ومن ثم فان المعارضة شرط أساسى لوجود هذا العقد ، ولايتصور عقلا أن تكون هناك

شركة للاعلان والدعاية تقوم بذلك على سبيل التبرع .
فالحملات الدعائية تحتاج الى العديد من الامكانات مثل المتدربين ووسائل الاعلان واللافتات . فكل هذا يحتاج الى مقابل للقيام به . فمحل هذا العاقد هو تحقيق عمل اعلاني .

٣- عقد ملزم للجانبين :

أوضحنا سلفا أن هذا العقد يتم بين صاحب الاعلان والناشر . وعندما يتم هذا العقد صحيحا منتجا لآثاره . فانه لابد أن تكون هناك حقوق والتزامات لكل من طرفيه فيقع على عاتق الناشر القيام بالاعلان بالطريقة المتفق عليها . وفي المقابل لذلك يحق للناشر مطالبة صاحب الاعلان بدفع الأجرة الواجبة نظير قيام الناشر بذلك العمل فاذا امتنع أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه حق للطرف الآخر القيام بالواجب الملقى على عاتقه ، بل له حق حبس العمل المنوط به قبل الطرف الآخر حتى يقوم الطرف الممتنع بتنفيذ التزامه طواعية واختيارا .

صور عقد الاعلان :

ابذاء ذيوع وسائل الاعلان فى الوقت الحاضر وتقدم الوسائل العلمية فى النشر فان هناك العديد من صور النشر • وليس الهدف من سرد هذه الصور هو بيان تعددها ولكن الوقوف على تكيف العقد الذى يحكم النشر • ونذكرها كما يلى :ـ

أ) الاعلان عن طريق المطبوعات:

يقصد بالمطبوعات المجلات والصحف سواء كانت دورية أو غير دورية والنشرات والكتب وقد يكون النشر فى هذه المطبوعات مخصصا لهذا الاعلان منفردا أو مع غيره والاعلان هنا يكون من قبل المقاولة فالناشر هو المقاول وصاحب الاعلان هو رب العمل يتعهد الأول بنشر الاعلان فى الصحيفة أو المجلة أو النشرة أو الكتب وفى مقابل ذلك يتعهد الثانى بدفع الأجر نظير القيام بهذه الأعمال •

ب) الاعلان بطريق اللصق :

يقصد بذلك تعليق الاعلان على الحوائط أو أسطح أو واجهات العقارات سواء كانت هذه

اللوحات مكتوبة بحروف عادية أم فسفورية أو مضاءه، معلقة على قوائم فوق الأرض أو بتركيبات على أسطح وواجهات العقارات • فاذا اقتصر صاحب العقار على لصق الاعلان أو تخصيص مكانا على واجهة العقار أو فوق سطحه • فلاشك أن العقد بين صاحب الاعلان وصاحب العقار هنا يكون عقد ايجار للمكان الذى يلصق فيه الاعلان وتسرى عليه قواعد عقد الايجار العادى طبقا للقواعد العامة الواردة فى التقنين المدنى المصرى (١) ولايخضع لقواعد الامتداد القانونى الواردة فى قانون ايجار الأماكن فى حالة كون العقار خاصعا لأحكام هذا القانون• أما اذا تعهد صاحب العقار بصيانة القوائم والتركيبات أى القيام بالأعمال اللازمة للصق الاعلان فان التزامه يكون مقابل أجر يتقاضاه لقاء قيامه بذلك العمل • والعقد هنا يصبح عقد مقاولة (٢) •

---

(١) انظر نقض مدنى ١٢/١١/١٩٩٢ الطعن ٢٤٦ الفقرة ٤٥ ف مشار اليه سابقا فى هامش ١

(٢) انظر د/ محمد كامل مرسى ص ٢٥٥ فقرة ٣٢٥ •

ج) الاعلان بطريقة وسائل الاعلان الحديثة:

تعتبر وسائل الاعلان الحديثة المرئية والمسموعة مثل الاذاعة - السينما - المسرح - التليفزيون من أهم وسائل الاعلان عن الاستثمارات والصناعات والمنتجات. فعقد النشر هنا يكون بمثابة عقد مقاولة المقاول فيه هو الادارة المسئولة في الاذاعة والتليفزيون وصاحب السينما ، وصاحب الاعلان هو رب العمل . ويتعهد المقاول اذن بنشر الاعلان لقاء أجر يدفعه للناشر وهو المقاول في هذه الحالة . فعقد الاعلان في كل هذه الفروض هو عقد مقاولة .

المطلب الثاني

آثار عقد الاعلان

أسلفنا أن هذا العقد من العقود الملزمة للجانبين. ومن ثم يترتب على انعقاد العقد صحيحا منتجا لآثاره التزامات على عاتق طرفيه وهما صاحب الاعلان والناشر سواء كان فردا أي شخصا طبيعيا أم معنويا . وسوف نتولى عرض هذه الالتزامات على النحو التالي .

التزامات صاحب الاعـــلان

يقصد بصاحب الاعلان المنتج للأشياء المراد الاعلان عنها أو الصانع لها أو الموزع لها حسب المصلحة المبتغاه من جراء عملية الاعلان • فالمنتج يبتغى انتشار واسع للمنتج الفنى أو الأدبى أو المادى الذى يتولى انتاجه • اذ عقد الاعلان غايته انصراف نية المتعاقدين الى القيام بالعمل الاعلانى (١) فيلتزم صاحب الاعلان بأن يقدم الشكل المراد اعلانه أو الصيغة التى يراها صالحة للنشر مع مراعاة النظام العام فى المجتمع والايحق للناشر الاحجام عن الاعلان اذا كان فيه تعريض للمسئولية المدنية أو الجنائية • ويجب تقديم هذا الاعلان للناشر فى الوقت الملائم حتى لايتأخر صدور الاعداد المقرر نشرها فى الموعد المحدد لها • كما يلتزم صاحب الاعلان بأن يدفع الأجر المتفق عليه للناشر لقاء قيامه بذلك الاعلان عن منتجاته • فكما سبق القول أن العقد يعتبر من عقود المعاوضة • وتختلف طريقة تحديد الأجر حسب الاتفاق المبرم بين صاحب الاعلان والناشر • فقد

---

(١) انظر المادة ١٦١ مدنى" فى العقود الملزمة للجانبين اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ماالتزم به •

يتم الاتفاق على أن يدفع الأجر حسب سطور الاعلان أو ميعاد ظهوره على الشاشة. كما لو اتفق على أن يتم الاعلان عن السلعة المباعة أثناء اذاعة مباراة كرة القدم . اذ الجمع الغفير من الجماهير يشاهد المباراة ومن ثم يكون الأجر المتفق عليه مضاعفا للأجر العادى الذى تتلقاه ادارة التليفزيون أو اعلان احدى الشركات مثل شركات التأمين على بوليصة تأمين جديدة المزايا أثناء البث المباشر فى القناة الفضائية أو عرض احدى المسلسلات الشهيرة كل هذا يجعل الأجر مضاعفا لما هو معمول به . أى يتفاوت الأجر بتفاوت الزمان والمكان اللازمين لنشر الاعلان عن المنتج الأدبى أو الفنى أو المادى.

وقد يدفع الأجر مقدما عن الاعلان أو يدفع مقدم الأجر كالربع مثلا والباقى يتم دفعه للناشر عند الانتهاء من اتمام عدد مرات هذا الاعلان . واذا أخل صاحب الاعلان بدفع الأجر الوارد فى هذا الاتفاق حق للناشر التوقف عن النشر وذلك اعمالا للقواعد العامة فى الفسخ وهو الدفع بعدم التنفيذ الواردة فى المادة ١٦١ مدنى .

التزامات الناشر

يقصد بالناشر الجهة التي تتولى الاعلان عن المنتج المادى أو الفنى أو الأدبى المراد الاعلان عنه أى يقع على عاتقه الالتزام بتحقيق العمل الاعلانى . ويجب على الناشر للاعلان الالتزام بالاعلان . فى الوقت المحدد الوارد بالاتفاق وبعدد المرات التى يقوم بالاعلان فيها . كما يلتزم أيضا بالشكل المتفق عليه للاعلان والصيغة التى يتم بها الاعلان .

ولايحق للناشر للاعلان ادخال أية تعديلات فى الصيغة أو الشكل (١) الا بموافقة صاحب الاعلان غير أنه اذا كان فى الاعلان عن السلعة مايعرض الناشر للمسئولية سواء من الناحية المدنية أو الجنائية كما لو كانت تتضمن عبارات قذف وسب أو الناقة غير المشروعة فان الناشر يحق له عدم الاعلان عن هذه المنتجات . ويكون الامتناع هذا امتناع مشروع لايوجب المسئولية . وقد ورد فى قضاء لبعض المحاكم (٢) " أنه لايوجد مايمنع الناشر من نشر

---

(١) انظر د/السنهورى الوسيط جـ٧ص٤٥٩ فقرة ٢٥٦ .

(٢) انظر محكمة باريس١٨/٦/١٨٨١ ،محمد كامل مرسى ص٥٦٣فقرة٥٦٩ .

مقـــال يبين مضــــار الســـلطة بوجــــه عــام طالما أن المقـــــال لم يعيـــن الســـلطة المعلـــن عنـــها بالذات • بل يرمـــــــــى الى اخفــــاء نوع من الثقافــــة للجمهــور • ومن ثم يجوز نشــــــر اعــــلان يبين أضـــرار الخمــور أو التدخين وينهى الناس عن ذلـــك" ولايســـقط التزام الناشــر بالاعــلان اذا تنــازل عن حقـــــــوق النشــــر الى الغيـــــر • فعقـــد الاعــلان ينتقــل الى من حــل محــل الناشـــر طبقـــا للقواعـد العامـــة فى شــأن حوالــــــــة الحق والدين • (١)

انتهى بحمد اللـــــه وشـــــكره ، ، ،

د/ ســـعيد عبد الســـــلام

---

(١) انظر المواد من ٣٠٣ ـ ٣٢٢ مدنى مصرى ، الباب الرابـــع من التقنين المدنى المصرى •

الفهـــــــرس

الجـزء الثانـي

أحكام عقد البيع

في

القانون المدنى المصرى

" بسم الله الرحمن الرحيم "

مقدمه

١ ـ فكرة العقود المسماه :

درج الفقه على تقسيم العقود المدنيه (١) الى عقود مسماه وعقود غير مسماه • ومن ثم فقد بات لزاما علينا فى مجال البحث العلمى ايضاح حقيقة هذا التقسيم ومعياره ولكن قبل الدخول فى هذا المجال ما المقصود بالعقود المسماه وغير المسماه فى مجال التقنين المدنى المصرى ؟ •

العقود المسماه هى عقود شائعة فى العمل ولها اسم خاص (٢) وقد عنى المشرع بتنظيم أحكامها ومن أمثلة هذه العقود : البيع والايجار والوكالة والحراسه والعمل والتأمين ••• الخ •

هذا ويلاحظ أن قائمة العقود المسماه تختلف من دولة الى آخرى وتزيد أو تنقص مع مرور الزمن لزيادة أو نقص أهمية هذه العقود ومدى شيوعها فى المعاملات بين الناس ومايترتب على ذلك من اهتمام المشرع بوضع تنظيم خاص لها أو عدم اهتمامه بذلك •

وابلغ دليل هو أن القانون المدنى القديم لم ينظم عقود المقامره والرهان والايراد المرتب والتزام المرافق العامه والتأمين بينما نجد القانون المدنى الجديد نظم فى نصوصه هذه العقود وأصبحت من العقود المسماه •كما

---

(١) راجع د/ جميل الشرقاوى شرح العقود المدنيه ١٩٨٢ ،د/جلال العدوى عقد البيع ١٩٦٦•

(٢) راجع د/ سمير تناغو عقد البيع ـ

أن القانون المدنى الجديد لم ينظم عقد النشر أو عقد النزول فى فندق مع أن بعض الدول الأخرى وضعت تنظيما لتلك العقود [١].

ولقد عالج التقنين المدنى المصرى فى الكتاب الثانى من القسم الاول الخاص بالحقوق الشخصية أو الالتزامات بعض العقود [٢] تحت عنوان العقود المسماه فى المواد من (٤١٨ ـ ٨٠١) .

ويبلغ عدد هذه العقود سبعة عشر عقدا هى البيع والمقايضه والهبه والشركه والقرض والدخل الدائم والصلح والايجار والعاريه والمقاوله والتزام المرافق العامه وعقد العمل والوكاله والوديعه والحراسه وعقود المقامره والرهان والمرتب مدى الحياه وعقد التأمين والكفاله . ومع ذلك ليس هذا التعداد على سبيل الحصر لأن حصر هذه العقود أمر يكاد أن يكون مستحيلا مادامت للادارة سلطانها.

بيد أننا فى مجال هذه الدراسه سوف تقتصر فقط على عقدى البيع والايجار فقط كل منهما فى جزء خاص به .

٢ ـ الهدف من التنظيم التشريعى لبعض العقود :

ذهب بعض الفقهاء [٣] الى القول أن المشرع استهدف من هذا التنظيم الاغراض الآتيه :

١ ـ العقود المسماه التى وضع المشرع لها تنظيما خاصا عقود شائعه فى

---

(١) راجع د/ عبد المنعم البدراوى الوجيز فى عقد البيع عام ١٩٩٠ "ط" الرابعه
(٢) راجع د/ السنهورى الوسيط طبعة نادى القضاه عام ١٩٨٩ ص١٦ جزء ٤ .
(٣) راجع د/ سمير عبد السيد تناغو عقد البيع ص٩ .

المعاملات بين الناس وتسهيلا لهذه المعاملات وحتى لايرهق المتعاقدون بوضع حكم خاص لكل مسأله تفصيليه فقد قام المشرع عنهم بهذا العبء ووضع الأحكام التفصيليه المنظمه لهذه العقود بحيث يكفى أن يتفق أطراف العقد على المسائل الجوهرية فيه حتى ينعقد وتترتب آثاره بما يكفل حقوق الأطراف جميعا ـ

٢ ـ تسهيل الأمر على القاضى فى تطبيق القواعد العامة على المسائل التفصيليه التى كثيرا مايدق النظر فيها وتختلف فيها الآراء .

فيتولى المشرع بنفسه تطبيق القواعد العامه على العقود الخاصه حسما لكل خلاف فى هذا المجال .

٣ ـ فى بعض الأحوال يكون الهدف من وضع تنظيم خاص لبعض العقود هو الخروج على القواعد العامه ذاتها تحقيقا لأغراض آخرى تتصل بفكرة النظام العام .

٤ ـ وقد يهدف المشرع بوضع تنظيم خاص لبعض العقود الى تطوير هذه العقود فى الاتجاه الذى يراه أولى من غيره بالاتباع .

٣ ـ سلطة القاضى فى وصف العقد :

يقصد بوصف العقد تكييفه القانونى (١) بمعنى أن التكييف يستلزم تفسير ارادة ذوى الشأن ومعرفة الخصائص الذاتيه والمقومات الخاصه لكل عقد من العقود

وعملية الوصف اذن هى من صميم عمل القاضى يقوم بها من تلقاء نفسه حتى يستطيع تطبيق الأحكام العامه الواردة فى النص القانونى سواء كان أمر

---

(١) راجع د/ عبد المنعم البدراوى . الوجيز فى عقد البيع عام ١٩٩٠ . ص١٧ .

أم كان مكملا ٠

والقاضى وهو بصدد هذا التكييف لايتقيد بما يسبغه المتعاقدان عليه من وصف ذلك لأن التكييف مسأله قانونيه ٠

وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن " تكييف العقود مناطه حكم القانون وما عناه المتعاقدون وقت ابرامها وتعرف قصد المتعاقدين هو من اختصاص محكمة الموضوع (١) "٠

ومما هو جدير بالاشارة اليه هنا أنه طالما أن التكييف مسألة قانونيه فانه يخضع بالتالى لرقابة محكمة النقض ٠

٤ ـ التنظيم القانونى للعقود المسماه :

نظم المشرع فى التقنين المدنى الحالى العقود المسماه ورتبها ترتيبا منطقيا راعى فيه المحل الذى يرد عليه العقد ـ

فبعض هذه العقود يرد على الملكيه والبعض الآخر يرد على العمل والبعض يرد على المنفعه ٠

وكان من المفروض حسب المنطق القانونى أن ندرس جميع العقود المسماه ولكن جرى العمل فى كليات الحقوق على أن تدرس بعض العقود وخصوصا عقود البيع المقايضه والايجار والعمل والتأمين والكفاله اكتفاء بهذه العقود فى تكوين العقليه القانونيه للطلاب ٠

(١) راجع نقض مدنى ١٣ /١٩٨٧/٧/ مجموعة الخمسين عاما مجلة نادى القضاه ١٩٩٠ جزء أول ٠

٥ – موضوع العقود المسماه محل الدراسة :

سبق أن ذكرنا أن دراستنا للعقود المسماه فى هذا الوجيز يقتصر على عقدى البيع والايجار وسنخصص الجزء الأول من هذا المؤلف لعقد البيع باعتبار هذا العقد من العقود المسماه الوارده على الملكيه بل هو أول هذه العقود وأهمها من الناحيه التطبيقية وسوف نعرض لأحكام هذا العقد حسب أحدث التعديلات التى أدخلت عليه حتى عام ١٩٩١ ٠

وأما عن الجزء الثانى : عقد الايجار باعتباره من العقود التى ترد على المنفعة وسوف نعرض فى هذا العقد للأحكام العامه مع التشريع الاستثنائى لهذه القواعد باعتبارها خروجا على التنظيم العام لكى يتمشى مع اعتبارات النظام العام فى المجتمع واضعين نصب أعيننا الحرص على عرض هذه الأحكام طبقا لأحدث التعديلات التى أدخلت على التشريع الاستثنائى ٠

الجزء الأول

عقد البيع :

سوف نعرض فى هذا العقد لتحديد البيع مع بيان خصائصه وكذلك التمييز بينه وبين غيره من التصرفات الناقله وغير الناقله للملكية ٠
ثم لانعقاد العقد وآثاره ثم زواله ثم استعراض بعض أنواع البيوع مثل بيع ملك الغير – بيع الحقوق المتنازع عليها – بيع التركه – بيع المريض مرض الموت ٠

خطـــة الدراســـة

تقسيم الدراســه فى عقد البيــع الى قسمين :ـ

القسم الأول : الاحكام العامه لعقد البيع ويشمل بابيـــن :

الباب الأول : أركان عقد البيع (انعقاد العقد) .

الباب الثانى : آثــار عقــد البيـــع .

القسم الثانى : عالجة بعض أنواع البيــوع ويشمــل :

الفصل الأول : بيــع الوفـــاء

الفصل الثانى : بيع ملك الغير والمال الشائع .

الفصل الثالث : بيع الحقوق المتنازع عليها .

الفصل الرابع : بيــع التركــــيبات .

الفصل الخامس : البيع فى مرض الموت .

==============

القســـم الأول

الأحكـــام العامه لعقـد البيـــع

تمهيـــــد :

يعتبر عقد البيع من أهم العقود المسماه (١) وقد عنى المشرع فـــى التقنين المدنى بتنظيم هذا العقد . ولكن قبل بيان الأحكام التفصيليه لحقيقـــة تنظيم هذا العقد يجب أن نبدأه بفصـــل تمهيدى يتناول التعريف بهـذا العقد ثم بيان خصائصـــه وكذلك التمييز بينه وبين بعض التصرفات الآخرى الناقلـــه للملكية وغير الناقلة للملكية (٢).

الفصـــل التمهيدى

تعريف عقد البيـــع

أولا : فى القانون الفرنسى :

عرف المشرع الفرنسى فى المادة ١٥٨٢ مدنى فرنسى " أن البيع هو " اتفاق يلتزم بموجبه أحد العاقدين أن يسلم شيئا ويلتزم العاقد الآخر أن يدفـــع الثمن فيفهـــم من هذا النص أن المشرع الفرنسى أقر المبدأ الذى نص عليه فـــى الماده ١١٣٨ مدنى فرنسى الخاصة بأن الالتزام بتسليم شىء يتم بمجرد تراضـــى الطرفين ويجعـــل الدائن مالكـــا .

---

(١) راجع د/ محمد على عمران عقد البيع فى القانون المصرى عام ١٩٧٢ هامش ١ ص٥ .

(٢) راجع د/ محمد على عمران عقد البيع فى القانون المصرى عام ١٩٧٢ هامش ١ ص١١ .

فكان ينبغى بعد اقرار هذا المبدأ أن يعدل تعريف البيع بما يفيد(١) أنه عقد ناقل للملكيه أو على الأقل عقد ينشىء التزاما بنقل الملكيه ولايقتصر على انشاء التزام بالتسليم • على أن الماده ١٥٨٣ مدنى فرنسى نصت على " أن البيع يكون تاما وأن الملكيه تنتقل الى المشترى فى مواجهة البائع بقوة القانون من وقت الاتفاق على المبيع والثمن ولو لم يتم تسليم المبيع أ دفع الثمن "• وبذلك يكون هذا النص قد أزال كل شك فى قصد المشرع •

وبامعان النظر فى النص الأخير وتقريبه مع النص السابق عليه يتضح أنه يجب تعريف البيع بأنه اتفاق ينقل ملكية شىء •

غير أن هذا التعريف يجب أن يرد عليه تحفظ لأن بعض البيوع ليس فيه نقل للملكيه بل يقتصر على انشاء التزام بنقلها مثل بيع المثليات وبيع الأشياء المستقبله •

ثانيا : تعريف البيع فى القانون المصرى :

أوردت المجموعة المدنيه الجديدة تعريفا لعقد البيع فجاء نص الماده ٤١٨ مدنى " أنه عقد يلتزم به البائع أن ينقل ملكية شىء أو حقا ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدى "•

يتضح من هذا التعريف أنه يتضمن الركنين الخاصين بعقد البيع وهما

---

(١) راجع د/ سليمان مرقص الوافى فى شرح العقود المسماه عام ١٩٩٠ ص٢٠•

نقل الملكيه والثمن غير أن بعض الفقهاء انتقد هذا التعريف [١] وقرر أن المشرع بهذا النص أغفل القاعدة العامه فى الماده ٢٠٤ مدنى والتى تنص على أن " الالتزام بنقل الملكيه أو أى حق عينى آخر ينتقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقه بالتسجيل ويرى أن التعريف المرفق لعقد البيع " أنه عقد ينقل الملكيه أوالحق العينى بمجرد العقد دون أن يقتصر دوره مجرد انشاء التزام بنقل الملكيه ٠

بينما ذهب اتجاه آخر [٢] على خلاف ذلك يرى أن هذا التعريف لن ينصرف الا الى نوع واحد وهى البيوع التى ترد على المنقول المعين بالذات لأن الملكيه فى المنقول المعين بالنوع لاتنتقل الا بالافراز٠

وفى حالة العقار لاتنتقل الا بالتسجيل وأن البائع فى تلك الحالات يظل ملتزما بنقل الملكيه أو الحق ٠ ونحن نفضل مع اتجاه فقهى آخر [٣] الى أن يعرف عقد البيع بأنه " عقد يقصد به نقل ملكية شىء أو حق مالى آخر مقابل ثمن نقدى " وذلك حتى نتفادى مايجوز أن يوجه الى التعريف السابق من نقد ٠ ويعتبر التعريف الأخير تعريفا جامعا يصدق على كل الحالات التى تنتقل فيها الملكية بمجرد العقد وعلى الحالات التى يقتصر فيها العقد على انشاء التزام بنقل الملكية ٠

---

(١) د/ سليمان مرقس المرجع السابق ص١٥ ومشار اليه فى د/ مصطفى عدوى عقد البيع عام ١٩٩٠٠

(٢) د/ توفيق حسن فرج عقد البيع ص٣١ رقم ١٦٠

(٣) د/ عبد المنعم البدراوى الوجيز فى عقد البيع عام ١٩٩٠ ص٢٤

خصائصـــــــــــه :

يتضح من التعريف السابق الوارد فى الماده ٤١٨ مدنى أن البيع عقـــــد رضائى ، ملزم للجانبين ، وأنه عقد معاوضـــه ، وأنه عقد محـــدد القيمــــــه ، وناقـــل للملكيـــة ، وعقد منجز حـــال حياة العاقدين ٠

وسوف نعرض لهذه الخصائص فيما يلى :-

١ - عقــد رضائـــى :-

يتم عقد البيع بمجرد التراضى والاتفاق بين الطرفين ٠ ومن ثم فهـــو لايحتاج الى شكـــل معين فمتـــى تطابقت الارادتـــان أيـــا كانت طريقـــة هــــذا التبادل كتابة أو مشافهة أو بالاشارة فان القعد يتم (١) وأن كان الغالـــــــب الأعم من الناحية العمليه أن يدون عقد البيع فى محرر فذلك يكون لإثبات العقـــد لأن المحرر يعتبر أداة اثبات فقط وليس شكـــلا لازمـــا لانعقاد العقـــد ٠

على أن صفـــة الرضائيـــة لاتتعلق بالنظام العام ٠ فيجوز للمتعاقديـــــــن أن يتفقا على أن البيع لاينعقد الا فى شكل معين كأن يدون فى ورقة رسميـــــة أو عرفيـــه فهنـــا لاينعقد العقد الا بافراغـــه فى الشكل المتفق عليه (٢) وفيمـــا يتعلق بالاثبـــات يخضع البيع للقواعد العامـــة فيجوز فيـــه البينـــة اذا لـــــم تجاوز قيمـــة المبيع عشرين جنيها مالم يتفـــق المتعاقدان على غيـــر ذلـــــــك ويجـــب الاثبات بالكتابـــه اذا جاوزت قيمة المبيع هذا القدر مالـــم يتفق طرفــــاه

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٧٣/٥/١٧ مجموعة أحكام النقض ص٧٧٢ قاعدة ١٣٧٠

(٢) من أمثلة اشتراط الرسمية فى عقد البيع " بيع السيارات كى يمكن نقـــــل الترخيص الى المشترى " (المواد ١٠٦، ١١٤ من قرار وزير الداخليـــه بتنفيذ قانون المرور ٤٤٩ لسنة ١٩٥٤ المعدل)٠

علـى جواز لاثبـات بالبينـة .

٢ – عقد ملـزم للجانبين :

من المعلوم حقا أن طرفي البيع همـا البائع والمشترى ومـن ثـم فهو ملزم للجانبيـن لأنه بمجرد انعقاد العقـد تنشأ التزامات فى ذمـة البائـع هى نقل الملكية والضمان والتسليم وكذلك التزامات مرتبطـه فى ذمة المشتـرى أخصهـا دفـع الثمن . وثمـة ارتباط بين هذه الالتزامات المرتبطـة . ويترتـب على هذا الاتباط انه اذا وقـع التزام أحـد الطرفين باطلا لأى سبب مـن الأسبـاب يبطـل أيضـا التزام الطـرف الآخـر .

واذا انقضى التزام أحدهما باستحالة الوفاء مثلا انفسخ العقد وانقضـى التزام الطرف الآخـر . واذا امتنع أحدهما عن تنفيذ التزاماتـه جـاز للطـرف الآخـر أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته أو يطلب فسـخ العقد ليتحلـل منهـا .

٣ – عقـد محـدد القيمـة :

يقصد بالعقد المحـدد أن يعلـم طرفاه مقدمـا قيمـة الالتزام الـذى يتعهـد به وكذلك قيمـة الحـق الذى يكسبه من العقد . ويعتبـر عقد البيـع من هـذه العقود لأن كـلا من عاقديه يعلـم سلفا التزاماته . غير أن هـذه الصفـة ليست من مستلزمات البيـع . فقد يكون البيع عقدا احتماليـا والصـورة المثلـى لذلك " أن يتفق عاقديه على أن يكون الثمن ايرادا مرتبا مدى الحياه"

ولما كانت الحياه غير مقدره سلفا فان الثمن لايمكن تحديده وقـت انعقـاد العقـد . وتبدو أهميـة تكييـف العقد أنه محـدد أم احتمالـى

هو تطبيق أحكام الغبن ٠ فانها تطبق على العقود المحدده دون الاحتماليه (١)

٤ ـ عقد معارضة :

تلك الخاصة لاتحتاج الى بيان اذ أن كل متعاقد يحصل على مقابل لما يلتزم به ٠ فالبائع ينقل الملكية للمشترى مقابل مايحصل عليه من ثمن والمشترى يدفع الثمن للبائع مقابل حصوله على الشيء المبيع ٠ والبيع باعتباره كذلك يعتبر من التصرفات التى تدور بين النفع والضرر ٠فيصح اذا صدر من كامل الأهلية ويكون قابلا للابطال اذا كان المتصرف ناقص الأهلية حيث يتقرر الابطال لمصلحته ٠ وفى هذا يختلف البيع عن الهبه فالهبه تبرع ويلزم لصحتها أن يكون الواهب كامل الأهلية ولاتكفى فيها الوكالة الخاصة بل لابد أن تكون الوكالة محددة (٢) ٠

٥ ـ البيع ناقل للملكية :

يعتبر البيع من العقود الناقلة للملكية أو على الأقل ينشيء التزاما فى ذمة البائع بنقل الملكية ويترتب على العقد نقل الملكية فور نشوئه اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم طبقا للمادة ٢٠٤ مدنى٠ كما أن المادة ٩٣٢ مدنى تقرر أن الملكية وغيرها من الحقوق العينية فى المنقول تنقل بالعقد متى ورد على محل مملوك للمتصرف ٠ واذا كان البيع واردا على عقار فان الملكيه لاتنتقل سواء بين المتعاقدين أو بالنسبه للغير الا بالتسجيل ٠ ومع أن العقد لايترتب عليه نقل الملكية فور انعقاده فى هذه الحالة الا أنه ينشيء فى ذمة البائع التزاما بنقل الملكية٠

---

(١) د/ سليمان مرقص المرجع السابق ص٢٥ ٠

(٢) راجع د/ سليمان مرقص عقد البيع المرجع السابق ص٢٩٠

ويجب على البائع القيام بكل ماهو لازم لتنفيذ التزامه (١) .

٦ ـ عقد منجز حال حياة العاقدين :

ينتج البيع أثره حال حياة طرفاه وان كل من الجائز تعليق آثاره على أجل . فلا يجوز اضافتها الى موت البائع لأن تصرفه هنا يكون واردا على جزء من تركه مستقبله الأمر غير الجائز قانونا عملا بالماده ٢/١٣١ مدنى.

التمييز بين عقد البيع وغيره من التصرفات القانونية

بادىء ذى بدء يجب أن نوضح أهمية هذا التمييز . فحتى يمكن تطبيق الأحكام الخاصة بعقد البيع على عقد من العقود يجب أولا التحقق من نوعه وتكييفه تكييفا صحيحا . وذلك لايتسنى الا بهذا التمييز وسوف نعرض فيما يلى للتمييز بين عقد البيع وغيره من التصرفات الناقله للملكية وغير الناقله للملكيه (٢) .

(أ) : التمييز بين عقد البيع وغيره من التصرفات الناقلة للملكية :

نعرض فى هذا المجال للتمييز بين عقد البيع والهبه والمقايضة والوصيه

١ ـ البيع والهبه :

الهبه عقد يتصرف بموجبه الواهب فى مال دون عوض . وتتميز عن البيع

---

(١) راجع د/ محمد على عمران عقد البيع ١٩٧٢ ص١٢ ـ١٣ .

(٢) راجع د/ محمد على عمران عقد البيع ١٩٧٢ ص١٤ .

بأن نقـل الملكيه فيها يكون دون مقابل وقصد التبرع • أمـا فى البيـع يكـون فـى مقابل ثمن معين • وكثيرا مايقوم النزاع فى شأن عقود البيع المتفق فيهـا على ثمن ويطغى فيها بعدم جدية الثمن باعتبارها هبـة وليس بيعا وخصوصـا اذا ذكر فى العقد أن البائع متنازل للمشترى عن الثمن المسمـى •

ويوجد استقرار قضائى على اعتبار العقد فى مثل هذه الظـروف هبـه وليـس بيعا • الا أن الأمـر يبدو صعبا فى بعض الفروض وخصوصا اذا كانت الهبـة بمقابل وتمت دون أن يتجرد الواهب عن نيـة التبرع •

فهـل يعتبـر التصـرف هنـا بيـع أم هبـة ؟ —

ذهب الغالب الأعم فى الفقـه (١) الى أن التصرف لايكون هبه بـل يعتبر بيعا اذا كان المعوض مساويا لقيمة الشئ الموهوب وأما اذا كـان المقابـل غير متناسب مع قيمـة الشئ فقد يكون بيعا بثمن بخس • وقد يكون هبـة مستوره فى البيع • وتصح هذه الهبـة ولو كانت مجردة من الطابـع الرسمـى طالمـا أنهـا تمـت تحـت ستار عقد آخـر • ويشترط لعقـد الهبـة فـى هذه الحالة أن يكون للعقد مظهر البيع فعلا حتى لايمكـن استخلاص الهبـة المستتره من مظهـره • وأمـا اذا أمكـن استخلاص الهبـه المستتـره من مظهره فان البيـع لايصلـح فى هـذه الحالة ستارا للهبـة • ومثال ذلك تحديـد الثمن فى العقد مع ذكر أن البائـع قد أبرأ منه المشترى فلا يكون العقـد بيعا فى هذه الحالة بل هبـة وتبطل الهبه لعدم ابرامها فى شكل رسمى (٢) •

---

(١) راجع د/ السنهورى الوسيط جزء ص٢٤ • ود/ لبيب شنب ومجدى صبحى خليل أحكام عقد البيع فقره أولى ود/ عبد المنعم البدراوى — المرجع السابق فقرة ١٦ •

(٢) راجع د/ محمد على عمران المرجع السابق ص١٣ •

٢ ـ البيـــع والمقايضــــــــــة :

الفرق بين البيع والمقايضة هو أن العوض فى البيع هو دائما مبلغ نقـــدى أما فى المقايضـــة فهو غير نقدى • وقد لاتعرف طبيعـــة العقد منذ البدايـــة كمـا لو جعـــل أحـــد المتعاقدين للآخـــر أن يختار بين بدلين للشيء الـــذى التزم بنقـــل ملكيته اليه وكان آحـــد البدلين مبلغا نقديا والبـــدل الآخـــــر غير نقدى (منزل ـ سيارة) ففـــى هذا المثـــال لايمكن التعرف علـــــى طبيعـــة العقد عند ابرامـــه • وانمـا يمكن أن تحـــدد طبيعتـــه بشكل واضـح عندما يستعمـــل من له الحـــق فى الخيار بين البدلين النقدى أم غيـــــر النقدى (١) • ولكـــن قـــد تثـــور صعوبـــة فى اعتبار العقد بيعا أم مقايضـــــة فى حالـــة ما اذا كان أحـــد البدليـــن مكونـــا من عنصرين أحدهما نقـــــدى والآخـــر غير نقدى كأن يكون أحـــد العوضيـــن سيارة جديدة والعوض الآخـــر سيارة قديمـــة بالاضافـــة الى مبلغ نقدى •

استقر الفقـــه والقضـــاء علـــى (٢) أنـــه يؤخـــذ بالعنصـــر الغالـــــب فى العوض المكون من عنصرين • فاذا كان المبلغ النقدى هو العنصر الغالــــب كـــان العقد بيعـــا • أمـــا اذا كانت السيارة القديمـــة هى العنصر الغالــــب فان العقد يكون مقايضــــة •

---

(١) راجع د/ سمير تناغو عقـــد البيع ص٢٥ •

(٢) راجع نقض مدنى مصـــرى ١٩٨١/٥/١٦ مجموعـــة أحكـــام النقض الطعـــن ٩٧ قاعدة ١٤ ، ونقض مدنى فرنسى ١٠/٠٢/٢٦ ، داللوز الأسبوعـــــى ١٩٢٩ ، ٢٠٢ •

٣ ـ البيـــع والوصيـــــة :

لاتعتبـر الوصيـة عقدا بـل تعتبـر تصرفـا صادر بالارادة المنفـرده مضافا الى مابعـد الموت [١] ومـن ثـم فهـى تختلـف عن عقـد البيـــع فى أنهـا لا تؤدى الى نقل الملكيـة الا بعـد وفاة المتصرف • كما أنهـــا لد تـؤدى الى نقـل الملكيـة الا بعـد وفـاة المتصرف • كما أنهـا تؤدى الـــى نقـل الملكية بغير مقابـل • ورغـم هذه الفروق الواضحـة بيـن البيـــع والوصيـة فقد يحـدث خلط متعمـد بينهمـا بقصـد التحايل علـى بعـــض أحكـام القانون الآمـره وخصوصا عدم تجاوز الوصيـة ثلث التركـة فيتعمــــد الموصى الى جعـل التصرف فى صورة بيع وليس وصيـة • ومن أجـل ذلك أجمع الفقــه والقضــاء [٢] على أنـه يشترط جملـــة شروط حتـى يكون التصرف فـى حقيقتـــه وصيـة لابيعـا وسنعرض فيما يلى لهـذه الشروط :ـ

الشرط الأول : أن يتـم التصرف بلا مقابـل :

قـد يرد فى عقـد البيـع أن البائـع أبـرأ المشتـرى مـن الثمـــن فهنـا يستـدل علـى أن هـذا البيـع صوريـا باثبـات أن المشترى فقيــــر لايستطيـــع بأى طريق الوفـــاء بالثمـن الـوارد فى العقـد • ومثـال ذلك فى حالـة تصـرف الأب لابنـه القاصـر فيمكـن للورثـة الباقيـن اثبـــات أن الابن المتصـرف اليـه لايستطيـع الوفـاء بالثمـن الـوارد فـى القعـــد وذلك بكافـة طرق الاثبات القانونيـــــة •

---

(١) راجع نص المادة الأولى من قانون الوصيـــة ـ

(٢) مشار اليه فى د/ محمد على عمران المرجع السابق ص٢٦ •

الشرط الثاني : احتفاظ المتصرف بحقه فى الانتقاع بالشيء المتصرف فيه طوال حياته :

وضع المشرع فى نص الماده ٩١٧ مدنى قرينة قانونية على نية الايصاء فى حالة تصرف الشخص لأحد ورثته مع احتفاظة بحق المنفعة مدى حياته فجاء النص كما يلى " اذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته اعتبر التصرف مضافا الى مابعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك ".

وقد ذهب جانب في الفقه (١) الى أن هذه القرينة التى يقرها نص المادة ٩١٧ مدنى سالف الذكر يجب أن يتوافر عدة شروط لقيامها وهذه الشروط هى :

١ — أن يكون التصرف لوارث .

٢ — أن يحتفظ المتصرف لنفسة بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها .

٣ — أن يحتفظ المتصرف لنفسة بالحق فى الانتفاع بالعين المتصرف فيها مدى الحياه .

ولكن ثار خلاف حول ما اذا اشترط فى التصرف أن يظل المتصرف منتفعا بالعين مدة معينة (خمس سنوات) ثم توفى المتصرف فى خلال هذه المدة . فذهب اتجاه يرى أن الشرط يكون قائما فالعبرة ببقاء المتصرف

(١) راجع فى د/ محمد على عمران المرجع السابق ص٢٦ .

منتفعا طوال حياته [١] الا أننا نذهب مع اتجاه آخر نراه أوقع أن العبره بتوافر نية الايصاء أو عدم توافرها وقت ابرام التصرف [٢] .

تطبيق نص الماده ٩١٧ من حيث الزمان :

لقد ثار خلاف فقهى حول تطبيق هذا النص على التصرفات التى أبرمت قبل العمل بالقانون المدنى الجديد • فقد انقسم هذا الخلاف الى اتجاهين :

الاتجاه الأول :

يرى أنصار هذا الاتجاه [٣] أن هذا النص ينطبق على التصرفات السابقة على العمل بالقانون المدنى الجديد وذلك لأن المشرع قد أراد بهذا النص حسم الخلاف حول طبيعة التصرف الذى يحتفظ فيه المتصرف بحقه فى الانتفاع بالعين المتصرف فيها طوال حياته • فهذه الماده وضعت قرينة على توافر نية الايصاء من عدمه ومن ثم فهى من قوانين الاثبات وقوانين الاثبات تنطبق فور صدورها على المنازعات المرفوعة أمام القضاء ولو كانت ناشئة عن وقائع سابقة عليها فهى تتعلق باقتناع القاضى وليس بحقوق المتقاضين •

---

(١) راجع د/ البدراوى عقد البيع فى القانون المدنى ١٩٥٨ ص٦٨ فقره ٥٤ •

(٢) راجع د/ محمد على عمران عقد البيع عام ١٩٧٢ ص١٦ هامش ١•

(٣) د/ أنور سلطان : العقود المسماه البيع والمقايضة عام ١٩٥٢ ـ فقره ٢٧٥ ص٤٢ •

الاتجـاه الثانــــى :

يرى أنصـاره [(١)] أن الماده ٩١٧ مدنى وضعت قرينـه قانونيـة معفيـــة من الدليل ولا اعفـاء من الدليل الا بنص و النـص لـم يقـرر الا بوضع القانون المدنـــى الجديـــد ٠

ومن ثم فان هذا النص لاينطبق على التصرفـات السابقـة على صـــــدور القانون المدنى الجديد ٠ ونرى أن الاتجـاه الثانى هو الأولـى بالتأييـد لسلامة الأساس الذى بنـى عليـه ٠

أثـر توافـر الشروط الواردة فـى المـاده ٩١٧ مدنى :

اذا توافرت هـذه الشروط فلا يكلف ورثـة المتصرف باثبات أن التصـــرف ليس فى حقيقتـه بيعا بل وصيـة ٠ وانما على المتصرف اليه اذا أراد أن يثبت أنه مـع احتفاظ المتصرف بحقـه فى الانتفاع بالعين المتصرف فيها مـــــدى حياته الا أن التصرف قد تم بعوض ٠ وعلى ذلـك فهو ليس وصيـة بل بيعــا وبالتالـى فانـه يسـرى فى مواجهـة ورثـة المتصرف ولو لـم يقروه ٠

(ب) : التمييـز بيـن البيع وغيـره من التصرفات غير الناقله للملكيـة :

سوف نعـرض هنـا للتمييـز بيـن البيـع ، والايجـار والوكالــــة المقاولــه ـ الوديعــــة ٠

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٦٤/٥/١٤ مجموعة النقض المدنى الطعن ٦٧٣ ص ١٠٧ قاعدة ١٥٥ وراجع د/ منصور مصطفى منصور العقود المسماه ص ٣٢ د/ اسماعيل غانم ص٥٧ ، د/ لبيب شنب فقره ١١ ٠

١ - البيـــع والايجــار :

قد تــدق التفرقـه بيــن البيــع والايجــار فى احدى حالتين :

الحالــة الأولــى :

قــد ينزل الشخص للغير عــن غلــة الشيء من حاصلات أو ثمــــار. فهنـا لايقــع العقــد على الشيء ذاتــه بل على منتجاتــه • ويذهب الفقـــــه فى غالــب الأحوال الى التمييــز بين الثمار والمنتجات فالأولى تتجدد باستمـــرار تنتقص من أصــل الشيء ذاتــه أمــا الثانيــه غيــر متجدده وتنتقص من أصـــــل الشيء فاذا كان العقد واردا على ثمار الشيء فانه يكون ايجارا وذلك لـــــوروده علـى منفعـــة متجدده • أمــا اذا كان واردا على منتجاته فانه يعتبـربيعــــا لا ايجارا (١) الا أن هذا ليس في غالــب الأحوال فقــد يرد العقـــــــــد علـى ثمــار الشيء ومع ذلك لايعتبر ايجارا ومثال ذلك أن يبيع صاحـــب الأرض المحصول الناتج عنها وهو لايزال فى الأرض • فالعقد هنــا يعتبــر بيعـــا للمحصول • والأدق فى رأينــا : أن العبرة فى ذلك كلــه تكون بالنيـــــة الحقيقيـــة لانصـراف قصــد المتعاقدين وعلى القاضى استخلاص هذه النيـــــة مستعينـا بالقرائن ولــه سلطــة تقديريــة فىهــذا الصدد ولايخضــع لرقابـــة محكمــة النقض •

الحالــة الثانيــة :

البيــع الايجارى : يقصد بالبيع الايجــارى الايجار الساتر للبيـــــع

---

(١) راجع د/ خميس خضر العقود المدنيه الكبيره عام ١٩٨٤ الجزءالأول ص٣٦

وامثلته من الناحية التطبيقية فى حالة البيع بالتقسيط للأجهزة الكهربائية المعمره مثل الغسالات والثلاجات والآلات الميكانيكية والسيارات أى الاشياء التى يعجز المشترى عن دفع الثمن لها دفعة واحدة فيتم البيع على أقساط ٠

غير أن هذا النوع من العقود فيه تعريض مصلحة البائع للمخاطر فقد يتوقف المشترى عن سداد الثمن أو يتصرف لآخر حسن النيه بحيث يستحيل على البائع استرداد ماتم بيعه ٠ وفى كثير من الأحوال يصف العاقدان هذا العقد بأنه ايجار يتحول الى بيع عند الوفاء بكافة الأقساط غير أن هذا الوصف يحقق مصلحة البائع فقط دون المشترى ٠ ومن ثم ازاء خلق نوع من التوازن الإقتصادى لمصلحة الطرفين فقد بات التكييف القانونى لهذا العقد محل خلاف فى دوائر الفقه وأحكام القضاء فقد ذهب اتجاه أول (١) يرى أن هذا العقد يعتبر ايجارا وبيعا فى ذات الوقت٠ فهو ايجار معلق على شرط فاسخ وبيع معلق على شرط واقف والشرط الواقف أو الفاسخ هنا دفع كافة الأقساط ٠ غير أن هذا الاتجاه غير منطقى فكيف يتسنى أن يكون العقد بيعا وايجارا فى وقت واحد٠ ولقد ذهب البعض الى القول بأن الأخذ (٢) بهذا التكييف يؤدى الى أن يكون البيع بلا ثمن وأية ذلك أن الوفاء بكل الأقساط يترتب عليه تحقق الشرط الفاسخ فينفسخ العقد ولايكون لهذا الفسخ أثر رجعى فى العقود الزمنية اعمالا لقاعدة أن ماضى من الزمان لايعود ٠

---

(١) راجع د/ محمد على عمران المرجع السابق ص٢٠ ــ ٢١ ، ونقض مدنى ١٩٧٨/١/١٥ مجموعة أحكام النقض المدنى ص١١١٣٠

(٢) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص٣٧ ٠

بينما ذهب اتجاه آخر [١] يرى أن هذا العقد هو بيع علق فيه انتقال الملكية على شرط واقف هو الوفاء بالأقساط جميعها • ونرى أن هذا الاتجاه الثاني هو الأولى بالتأييد لأنه يتفق وقصد المتعاقدين الحقيقي وذلك اعمالا للنص الوارد في المادة ١/٤٣٠ مدني التي جاء نصها" اذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية الى المشتري موقوفا على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم البيع "• ولهذا يمكن القول أن المشرع حسم هذا الخلاف الفقهي والقضائي سالف الذكر فلا مجال للاجتهاد ازاء صراحة النص [٢] •

٢ ـ البيع والمقاولة :

عرفت المادة ٦٤٦ المقاولة بنصها " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يضع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر " يتضح من هذا النص أن المقاولة تتميز عن البيع بأنها ترد على صنع شيء أو أداء عمل في حين أن البيع يرد على الملكية أو حق مالي آخر •

ولاصعوبة في الأمر باعتبار العقد مقاولة في حالة تعهد المقاول بتقديم عمله على أن يقوم رب العمل بتقديم الخامات • فالعقد هنا مقاولة

---

(١) راجع د/ منصور مصطفى منصور مذكرات في العقود المسماه ص٣٢ ، د/ اسماعيل غانم ص٥٧ •

(٢) صدر القانون ١٠٠ لسنة ١٩٧٥ في شأن بعض البيوع التجارية وجرم فعل المشتري الذي يتصرف قبل الوفاء بكامل القسط •

ولكن الصعوبه تثور فى حالة تعهد المقاول بتقديم المادة والعمل معـــا فهـل يعتبر العقد مقاولة أم بيعا لأشياء مستقبلـه ؟٠

الرأى الراجح (١) يرى أن العقد هنـا بيـع لأشياء مستقبله الا اذا كانـت الخامات ذات صفـة ثانويـة بالنسبة لقيمة العمـل فالعقد هنا يعتبـر عقـد مقاولـة ٠ وتطبيقا لذلك فقد قضـت بعض المحاكم الفرنسية " بأنه اذا تعهـد مقاول باقامة بناء بأدوات من عنـده على أرض مملوكـه لرب العمل فالعقـد مقاولة (٢) ٠ وقد اعتبر المشرع المصرى مقاولات المبانى من قبيل المقاولة ونظـم مسئولية المقاول والمهندس المعمارى فى المواد من ٦٥١ الى ٦٥٤ مدنـى٠ وعلى العكس من ذلك اذا كانت الأرض ملكا للمقاول وتعهد بأن ينقل ملكيتهـا للمتعاقد معـه بعـد أن يقيم عليها مبنـى فالعقد بيـع للأرض فى حالتهـا المستقبله أى بيـع للعقـار في مجموعـة بعد البنـاء

وكذلك الحال اذا تعاقد مؤلف وناشر وتعهد الناشر فى العقد بنشـر مخطوط المؤلف مقابل حصوله على مبلغ محـدد فالعقـد هنـا مقاولة ٠

٣ ـــ البيـع والوكالـة :

نصت المادة ٦٩٩ مدنى على تعريف الوكالة بأنها " عقد بمقتضـاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمـل قانونى لحساب الموكل " ٠ وللتمييز بيـن البيع والوكالة يجب معرفة ما اذا كان المستلم قد تملك بمقتضى العقـد الأشياء التـى تسلمها أم لم يتملكهـا فاذا كان العقد من شأنه نقـل الملكيـة

(١) راجع د/ خميس خضر العقود المدنيـة الكبيرة ١٩٨٩ هامش١ ص٣٩٠

(٢) راجع د/ السنهورى الوسيط جز ٤ ص١٢٨ بند ١١ ٠

الى المستلم كنا بصدد بيع والا كنا بصدد وكالة (١).

وقد يثور تردد فى تكييف العقد بأنه بيع أم وكالة فى الحالة التى يسلم فيها شخص لآخر شيئا يملكه ويكون مفهوم أن يقوم الطرف الثانى بتصرف قانونى بالنسبة لذلك الشيء (بيعه للشيء للغير مثلا) • والمثال التطبيقى على ذلك هو أنه فى الحياة العمليه بأن يقوم تاجر الجمله بتسليم بضاعة لتاجر التجزئه لكى يبيعها للعملاء فالتساؤل يثور هنا هل العقد بيعا تنقل به الملكيه لهذه البضاعة الى تاجر التجزئه أم يعتبر وكالة بحيث لايعدو تاجر التجزئه أن يكون وكيلا يتعهد ببيع بعض البضائع الى العملاء لحساب تاجر الجملة ؟ ولكن ما أهمية تكييف العقد بأنه بيع أم وكالة ؟ تظهر هذه الأهمية خصوصا من الناحية الجنائية • يعتبر عقد الوكالة من عقود الأمانه ومن ثم اذا بدد الوكيل ماسلم اليه يعتبر مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة طبقا لنص المادة ٣٤١ من قانون العقوبات أما البيع فهو تصرف مدنى بحت وليس من عقود الأمانة الخمسة التى حصرها المشرع الجنائى فى النص سالف الذكر •

٤ — البيع والوديعة :

جاء تعريف الوديعة فى المادة ٧١٨ مدنى أنها " عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئا من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى أن يرده عينا "

---

(١) راجع د/ خميس خضر المرجع السابق ص٤٠ •

فالوديعة عقد من عقود الأمانه يلتزم بموجبه الشخص الذى يتسلم منقولا أو عقارا لحفظه بأن يرده عينا بعد ذلك . فلا يقبل من المودع لديه أن يرد للمودع شيئا آخر غير الذى تسلمه منه . وهنا تختلف الوديعة عن البيع . فالبيع يترتب عليه نقل الملكية من البائع الى المشترى فى حين ان الوديعة لاتنقل الى الوديع سوى الحيازه المادية للشيء (١) ومع سهولة التمييز بين عقد البيع والوديعة فقد يصعب فى بعض الأحوال التمييز بينهما ولنضرب مثالا تطبيقيا على ذلك حتى تتضح حقيقة هذه الصعوبة. فاذا أودع مؤلف عددا من مؤلفاته لدى احدى دور النشر لتقوم ببيعها بعد ذلك على أن ترد للمؤلف ثمن النسخ التى تم بيعها بعد تحصيل نسبة على جملة المبيعات أو أن ترد النسخ التى لم يتم بيعها .

فواقع الحال هنا يشتبه هذا العقد مع عقد الوديعة فيما تلتزم به دار النشر من رد النسخ غير المباعه الى المؤلف . ويشبه البيع فى أنه ينقل الى دار النشر ملكية هذه النسخ مع حفظ حقها فى العدول اذا لم تتمكن من البيع . فكأن هذا العقد بيع معلق على شرط فاسخ . وقد نصت محكمة النقض الفرنسية باعتبار العقد فى هذه الحالة بيعا لاوديعة وأسست قضائها فى ذلك على أنه يشترط فى الوديعة أن يقوم المودع لديه برد الشيء عينا وأما اذا كان يلتزم برد نفس الشيء أو ثمنه فان العقد لا يكون وديعة بل بيعا ونذهب مع اتجاه فقهى يرى تأييد هذا الرأى لأن هذا التكييف هو الذى يتفق وقصد المتعاقدين (٢).

(١) راجع د/ محمد على عمران المرجع السابق ص٢٤ .

(٢) pleniol ,Ripert et Hanel ,T.X, op. cit.,No 4 p 7.22 Junin 1860

الباب الأول

أركان عقد البيع

تمهيد :

سبق أن عرفنا أن عقد البيع يعتبر من العقود الرضائية يتم بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن ارادتين متطابقتين على انتقال ملكية شيء أو حق مالى آخر مقابل ثمن نقدى .

وأركان البيع تطبيقا للقواعد العامة هى :

الرضا - المحل - السبب .

وسوف ندرس تفصيلا الرضا - المحل أما السبب فليس فى ذكره فى دراسة أركان عقد البيع اضافة للقواعد العامة الواردة فى مصادر الالتزام .

ومن ثم فان خطة البحث فى هذا الباب تتناول ثلاثة موضوعات الرضا المحل الثمن سوف نخصص لكل موضوع منها فصلا مستقلا .

الفصل الأول

التراضي في عقد البيع

شروط الانعقاد وشروط الصحة :

يشترط لابرام عقد البيع أن يتم التعبير عن ارادتين متطابقتين وأن تكون كل من هاتين الارادتين صحيحة من كل عيب صادرة عن شخص تتوافر فيه الأهلية لابرام هذا النوع من التصرف . فيوجد اذن شروط للانعقاد وهي تطابق الارادتين وشروط للصحة وهي خلو الاراده من العيب وتوافر الأداء . وسوف نعرض فيما يلي لهذه الشروط كل في مبحث مستقل .

المبحث الأول

شروط الانعقاد

يشترط لانعقاد البيع أن يصدر تعبير عن ارادة كل من الطرفين وأن يصل الى علم من وجه اليه وأن تتطابق الارادتان سواء تم التعاقد في مجلس واحد أو تم بين غائبين . وليس في هذا جديد بل يعتبر تطبيقا للقواعد العامة . الا أننا سوف نعرض هنا لبعض التطبيقات الخاصة لهذه الأحكام وهي العناصر التي يتم على أساسها تطابق الارادتين مع بيان حكم الوعد بالبيع والبيع الابتدائي والبيع بالعربون .

١ ــ العناصـر التى يتم على أساسها تطابق الاراتين :

(أ) ــ وجـــود الرضـــا :

يشترط فى عقد البيع اقتران ارادتين متطابقتين أى وجود ايجاب معيـــن وقبول مطابق له أقتران الأخير بالأول أى وصوله الى علم الموجب (١) ويستـوى أن يصدر الايجاب من البائع بالبيع أو من المشترى بالشراء لأن المهم هـــو اقتران هــذا الايجاب بقبول الطرف الآخـر بائعا كان أو مشتريا (٢).

ويسرى على تبادل الايجاب والقبول القواعد العامة الواردة فى المـــواد من ٩٠ وما بعدها من القانون المدنى • فيجوز التعبير عن كل مـن الايجاب والقبول أى عن ارادة البيع وارادة الشراء باللفظ وبالكتابـة وبالاشـارة المتداولـــة عرفا • كما يجوز باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكا فى دلالتـه على حقيقـــة المقصود • بل يجوز أن يكون التعبيـر ضمنيا ويصلح الايجاب لاقتران القبـــول به من الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه اليه • فاذا صدر الايجاب وأرسـل الى مـن وجـه اليه جاز للموجـب أن يعدل عن ايجابه بشرط أن يبلـــغ عدوله الى الطرف الآخـر قبل أن يبلغــه الايجــاب (٣).

واذا عين فى الايجاب ميعاد لقبوله سواء صدر هذا الايجاب فى مجلـــس

---

(١) انظر فى هذه الأركان الثلاثة لعقد البيع نقض مدنى ١٩٤٩/٦/٩ مجموعة القواعد القانونيـة ص٧٩٧ •

(٢) انظر د/ سليمان مرقص عقد البيع ــ المرجع السابق هامش ١ ص٥١ ، د/ سمير عبد السيد تناغو عقد البيع ص٤٠ ــ ٤١ •

(٣) راجع د/ سليمان مرقص المرجع السابق ص٥٢ بند ٣١ مكرر •

العقد أو غيره التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى أن ينقضى هذا الميعاد. فاذا انقضى الميعاد قبل أن يصدر القبول فلا يصبح الايجاب غيرا لازم فقط يسقط ويصبح غير صالح لاقتران القبول به [١] الا اذا تبين أن الموجب لم يقصد ذلك وأنه لا مانع عنده من اعتبار ايجابه قائما حتى بعد انقضاء الميعاد .

واذا مات من صدر منه الايجاب أو فقد أهليته قبل أن يصل الايجاب الى علم من وجه اليه فان ذلك لايمنع من صلاحية الايجاب لاقتران القبول به عند وصوله . وذلك لأن الايجاب ينفصل عن ارادة الموجب ويحتفظ بكيانه بالرغم من موت الموجب أو فقد أهليته . فاذا كان الايجاب قد عين فيه ميعاد للقبول فهو ملزم حتى انقضاء هذا الميعاد .

ويتقيد ورثة الموجب من بعده بهذا الالتزام [٢] ومتى اقترن القبول بالايجاب انعقد العقد بين الورثة ومن صدر منه القبول .

واذا لم يكن الايجاب قد عين فيه ميعاد للقبول فانه يكون مع ذلك ملزما للموجب المدة الكافية لابداء من وجه اليه قبوله ووصوله هذا القبول الى الموجب فيتقيد ورثة الموجب كذلك بهذا الالتزام ويكون حكمه حكم الحالة السابقة . وكذلك اذا مات من صدر منه القبول أو فقد أهليته قبل أن يصل القبول الى علم الموجب فان ذلك لايمنع من حتمه القبول

---

(١) راجع د/ وليم قلاده " التعبير عن الارادة " رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٥٥ ص١٨٠ .

(٢) راجع نقض مدنى ١٨/٤/١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص٥٥٠ قاعدة ٧٨ .

لانعقاد العقد به عند وصوله الى علم الموجب • واذا صدر الايجاب في مجلس العقد دون أن يعين ميعادا للقبول فان الموجب يتحلل من ايجابه اذا لم يصدر القبول فورا •

وكذلك الحال اذا صدر الايجاب من شخص الى آخر بطريق التليفون فانه مع ذلك يتم العقد ولو لم يصدر فورا اذا لم يوجد مايدل على أن الموجب قد عدل ايجابه في الفترة مابين الايجاب والقبول وكان قد صدر قبل أن ينقضي مجلس العقد •

واذا صدر الايجاب في غير مجلس العقد ودون أن يعين ميعاد للقبول فالغالب أن يستخلص من الظروف أو من طبيعة التعامل أن الموجب قصد أن يلتزم بايجابه الى الوقت الذي يتسع لوصول القبول من الطرف الآخر الذي يكون قد صدر منه في الوقت المناسب وبالطريق المعتاد • والا فان الايجاب لايكون ملزما • أي أنه يجوز العدول عنه في أي وقت قبل اقتران القبول به •

ومتى كان الايجاب غير ملزم فانه يظل قائما وصالحا لاقتران القبول به مادام لم يعدل عنه [1] الا اذا كان هناك اتفاق صريح أو ضمني على انتهاء أثره في ميعاد معين فيسقط بانقضاء هذا الميعاد ولو لم يحصل عدول عنه •

---

(١) راجع نقض مدني ١٩٦٣/٤/١٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص٥٥٠.

وإذا وجه الايجاب الى غائب بطريق المراسلة فان العقد لاينعقد الا اذا وصل القبول الى علم الموجب قبل سقوط الايجاب · ويعتبر العقد قد تم فى المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضى بغير ذلك · ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان وفى الزمان اللذين وصل اليه فيهما هذا القبول (١). على أنه يجوز أن ينعقد البيع أحيانا دون قبول من وجه اليه الايجاب اعتمادا على مجرد عدم رفضه الايجاب فى وقت مناسب ·

ويجوز أيضا أن يتم البيع بطريق المزايدة ولكن لايعتبر طرح المبيع للبيع ولو مع تعيين ثمن أساسى له ايجابا بل يعتبر دعوة لكل راغب فى الشراء كى يتقدم بعطاء · ويعتبر هذا العطاء ايجابا ويلتزم به مقدمه المدة التى تكفى عادة الاستثارة عطاء آخر أو لقبوله بعد اليأس من تقدم غيره فلا يجوز له سحب عطائه قبل ذلك الا بموافقة القائم بالمزاد (٢) ·

ويسقط كل عطاء بمجرد تقدم عطاء آخر يزيد عليه ولو كان العطاء الآخر باطلا أو قابلا للابطال (٣) ولايتم البيع الا بقبول العطاء الأخير أى برسو المزاد على مقدمه (٤).

---

(١) راجع محكمة السنبلاوين الجزئيه ١٩٤٠/٢/١٩ منشور فى المحاماه السنه ٢٠ ص٥٢٤ ·

(٢) راجع د/ سليمان مرقص مصادر الالتزام بند ٩٣٥ ·

(٣) عكس ذلك استئناف مصر ١٩٢٣/٦/٩ منشور فى المحاماه السنة ١٣ص٥١·

(٤) نقض مدنى ١٩٤٥/٤/١٩ المجموعة ٤٦ ص٢٨

ويكفى ذلك لانعقاد البيع دون حاجة الى اثباته فى محرر ما لم تكن قائمة المزاد أو اللوائح تجعل البيع معلقا على تصديق جهة معينة فلا ينعقد البيع الا بتصديق هذه الجهة .

ويجوز أن يتم التعاقد بالبيع بين البائع ونائب المشترى أو بين المشترى ونائب البائع أو بين نائبين أحدهما عن البائع والآخر عن المشترى فهنا تسرى أحكام النيابه فى المواد من ١٠٤ ومابعدها مدنى .

والأمر غير الجائز أن ينوب الشخص الواحد عن البائع والمشترى معا . ولا أن ينوب عن المشترى اذا كان هو البائع أو ينوب عن البائع اذا كان هو المشترى .

٢ ـ العناصر الأساسية التى يجب أن يشملها تطابق الارادتين :

فى جميع الأحوال يشترط فى انعقاد البيع أن يتم الاتفاق بين الطرفين على المبيع وعلى الثمن وعلى طبيعة العقد أى على ارادة البيع وارادة الشراء ولايشترط الاتفاق أكثر من ذلك . وسوف نعرض لهذه العناصر الأساسيه فيما يلى :ـ

(أ) : الاتفاق على المبيع :

لابد فى انعقاد البيع الاتفاق على المبيع . فاذا عرض أحد الطرفين على الآخر أن يبيعه مالا معينا بالذات وجب أن تتجه ارادة الطرف الآخر الى قبول شراء هذا المال ذاته والا فلا يكون ثمة بيع لعدم الاتفاق على

المبيع أو لوجود غلط فى ذاتيته • وقد قضت محكمة النقض المصرية تطبيقا لذلك (١) " بأن اختلاف الطرفين على مساحة المبيع وحدوده يمنع من تلاقى الارادتين وانعقاد العقد "• وقررت أن استخلاص نية المتعاقدين وما انعقد اتفاقهما عليه فى خصوص تعيين المبيع يستقل به قاضى الموضوع •

(ب) : الاتفاق على الثمن :

لما كان الثمن من العناصر الأساسية فى عقد البيع فقد بات لزاما من اتفاق ارادتى البائع والمشترى بخصوصه • فاذا عرض البائع البيع بثمن معين فضل المشترى الشراء بثمن أقل فان العقد لاينعقد • واذا لم يكن هناك اتفاق على الثمن أو على الأقل على بيان الطريقه التى يتم بموجبها تحديد الثمن فى المستقبل فان العقد لاينعقد •

فاذا عرض البائع البيع بثمن معين وقبل المشترى الشراء بثمن أعلى فقد تساءل الفقهاء عن الثمن الذى ينعقد به العقد • هل ينعقد بالثمن الذى عرضه البائع أم بالثمن الذى وافق عليه المشترى •

ذهب بعض الفقهاء الى أن العقد ينعقد بالثمن الذى عرضه البائع على أساس أن الثمن الذى قبل به المشترى وهو الثمن الأعلى يتضمن قبولا للثمن الأقل الذى عرضه البائع • ولنضرب مثالا لذلك • فاذا عرض البائع منزلهبمبلغ "٥٠٠٠" جنيه فقبل الموجه اليه الايجاب الشراء بمبلغ "٧٠٠٠"

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٥٨/٣/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص٢٢٣•

جنيه فان العقد ينعقد بالثمن الذى عرضه البائع أى أن الثمن يكون هو "٥٠٠٠" جنيه وعلى العكس من ذلك ذهب البعض الآخر (١) الى التفرقه بين ما اذا كان المشترى قد عرض الشراء بثمن أعلى عن الثمن الذى عرضه البائع لغلط فى حقيقة ما عرضه البائع وبين ما اذا كان المشترى قد عرض الشراء بثمن أعلى لأنه يريد ذلك . ففى الحالة الأولى ينعقد العقد بالثمن الذى عرضه البائع . وفى الحالة الثانية ينعقد العقد بالثمن الذى وافق عليه المشترى . لأن ماصدر من المشترى يعتبر ايجابا جديدا موجها الى البائع ويتمخض لمصلحته (٢) . وينعقد العقد بسكوت البائع عن معارضة هذا الايجاب الجديد . وذلك لأن السكوت فى هذه الحالة يعتبر قبولا .

(ج) : الاتفاق على طبيعة العقد :

تعتبر طبيعة العقد من المسائل الأساسية التى يجب أن تتجه اليها ارادة كل من البائع والمشترى . فاذا اتجهت ارادة أحد طرفى العقد الى البيع والآخر الى الاستئجار فان العقد لاينعقد لعدم الاتفاق على طبيعته . وتحديد طبيعة العقد هى من صميم عمل القاضى يجب أن يبحث عنها مستعينا فى ذلك بما يستخدمه المتعاقدان من ألفاظ دون الوقوف عند المعنى الحرفى لها مع الاستهداء فى ذلك كله بطبيعة

---

(١) راجع فى عرض هذه الاراء د/ محمد على عمران المرجع السابق ص٣٥ـ٣٦.
(٢) هذا التطبيق لايعدو أن يكون لما جاء النص عليه فى المادتين ٩٦ ، ٩٨ مدنى .

التعامل وما يجب أن يتوافر فيه من أمانة وثقة ٠

فاذا وصف المتعاقدان العقد بأنه بيع ثم تنازل البائع عن الثمن للمشترى أو كان الثمن صوريا فان العقد لايكون بيعا ٠ فالعبره اذن بالتكييف الصحيح للعقد لابما قد يصفه به المتعاقدان ٠

ولايشترط للانعقاد أن يتفق الطرفان على جميع أحكامه بل يكتفى أن يرد الاتفاق على العناصر الأساسية لعقد البيع دون المسائل التفصيليه كزمان الوفاء بالثمن أو مكان تسليم المبيع (١) ٠

وفى الغالب أن يوجه الايجاب الى شخص معين فينعقد العقد حينئذ بقبول هذا الشخص دون غيره ٠ ولكن كثيرا مايوجه الايجاب الى غير شخص معين كالايجاب الموجه للجمهور ٠ فهل يكفى هذا الايجاب ليقترن به قبول أى شخص ؟ وما مدى التزام الموجب فى هذه الحالة قبل كل الأشخاص الذين يتقدمون اليه بالقبول ؟ -

حكم الايجاب الموجه الى الجمهور :

جرت العادة فى الأوساط التجارية أن يعلن التجار عن سلعهم بعرضها فى واجهات محلا تهم مع تحديد ثمن لبيعها أو النشر عنها فى الصحف أو نشرات خاصة الى العملاء ٠ فالى أى حد يعتبر هذا الاعلان ايجابا والى أى مدى يكون هذا الايجاب ملزما وصالحا لأن يقترن

---

(١) راجع د/ السنهورى المرجع السابق ص٤٦ ، د/ سليمان مرقص المرجع السابق فقره ٣٤ ود/ محمد على عمران المرجع السابق ص٣٧-٣٨ ٠

به قبول أى عميل أو أى فرد من أفراد الجمهور ؟ ٠

وسوف نعرض تفصيلا لصور هذا الايجاب الموجه الى الجمهور ٠ فهذه الصوره هى :

١ – عرض السلع فى المتاجر :

الأمر الذى لاخلاف عليه أن عرض السلع فى وجهات المحلات مع تحديد ثمن عليها يدل على ايجاب صريح من البائع لأنه بذلك اتخذ موقفا لاتدع ظروف الحال شكا فى دلالته على قصد بيع هذه البضائع بالثمن المكتوب عليها ٠

ولكن يثور الشك فى صلاحية هذا الايجاب لاقتران القبول به وخصوصا أنه لم يوجه الى شخص معين ٠ غيرأنه سرعان ما يتبدد هذا الشك لأن بيع هذه السلع التجارية المعروضه فى واجهات المحلات تكون شخصية المشترى فيها ليس لها اعتبار فى العقد ٠ ومما هو جدير بالذكر أنه اذا كانت السلع المعروضه فى داخل المتجر فى متناول يد الجمهور ومكتوبه عليها أثمانها جاز لكل شخص أن يطلب شراء مايشاء منها الى أن ينفذ المعروض كله ٠ الا اذا كان التاجر قد تحفظ فى ذلك وأعلن كتابة فى مكان بارز من متجره أنه لايبيع الا قدرا معينا لكل شخص ٠

٢ – الاعلان عن السلع فى الصحف أو فى نشرات خاصة :

فى غالب الأحوال يعتبر الاعلان عن السلع فى الصحف أوفى

نشره خاصه[(١)] توزع على الجمهور ايجابا صحيحا لأن يقترن به القبول • ولكن التساؤل الذى يثور بهذه المناسبة هل يترتب على ذلك التزام التاجر باجابة جميع الطلبات التى تقدم اليه بشأن السلع التى أعلن عنها ؟ •

ذهب بعض الفقهاء [(٢)] الى القول أنه يجب فى تعيين مدى التزام التاجر هنا النظر فى العلاقة التعاقدية بينه وبين العملاء الذين يتقدمون اليه بطلباتهم وتفسيرها بحسب النيه المشتركة للمتعاقدين مع الاستهداء بطبيعة التعامل وما يجب أن يتوافر من أمانة وثقه بين المتعاقدين طبقا للعرف السائد فى المعاملات •

ومن الواضح أن يوجه اعلانا الى الجمهور يقصد بذلك التعاقد مع من يتقدم اليه بالقبول أولا فأول فى حدود مقدار ما عنده من السلع التى أعلن عنها وعدم التقيد بهذا الاعلان بعد نفاذ تلك السلع •وأن كل من أطلع على هذا الاعلان يعلم أنه موجه اليه والى غيره من الجمهور وأن كثيرين غيره قد سبقوه فى القبول فيستنفذون القدر المعروض فاذا وصل قبوله بعد نفاذ السلع المعروضه كان وصوله بعد سقوط الايجاب فلا ينعقد به بيع ويلتزم به التاجر • أما اذا وصل القبول قبل ذلك انعقد به العقد والتزم التاجر بتنفيذه فى حدود ما يكون باقيا لديه من السلع التى عرضها

---

(١) راجع د/ السنهورى المرجع السابق بند ٢٧ فى التفرقه بين النشرات التى توزع على الجمهور والتى ترسل الى أشخاص معينين بذاتهم فيرى فى الأخيرة أن هذه تعتبر ايجابا صحيحا أما الأولى تعتبر دعوة للتقدم بالايجاب •

(٢) راجع د/ سليمان مرقص المرجع السابق ص٦٣ •

ولايجوز له أن يمتنع عن التنفيذ ولا أن يرفع السعر الذى أعان عنه مادام لم يعلن عن رفع هذا السعر قبل وصول الطلب اليه

واذا كان التاجر قد أعان عن بيع سلعه لم يملك منها شيئا أو يملك منها قدرا يسيرا فقد قاصدا آن يشترى منها فى السوق مايلبى به طلبات العملاء الذين يقبلون ايجابه فان الايجاب الصادر منه يكون صحيحا ويكون محدودا بالقدر اليسير الذى يملكه من هذه السلع ·

صور الرضا فى عقد البيع :

للرضا فى عقد البيع أوصاف عديده سوف نكتفى ببيان أهم الصور العملية لأوصاف الرضا فى هذا العقد وهى :ـ
الوعد بالبيع والشراء ـ البيع الابتدائى ـ البيع بالعربون ـ بيع الوفاء ·

١ ـ الوعد بالبيع والشراء :

هذه الصورة من صور الرضا ولها ثلاثة فروض هى :ـ الوعد بالبيع من جانب واحد ـ الوعد بالشراء من جانب واحد ـ الوعد بالبيع من جانب ووعدا بالشراء من جانب آخر · وسنعرض لهذه الفروض تفصيلا كما يلى :ـ

(أ) : الوعد بالبيع من جانب واحد :

كثيرا مايحدث عملا أن يرغب شخص فى شراء شئ ولكن ليس لديه موارد كافيه تمكنه من القيام بذلك فيعمد بدلا من الالتزام بالشراء أن يحصل من

مالك الشيء على وعد بالبيع لهذا الشيء اذا هو أبدى رغبته فى ذلك خلال وقت معين • والموعود له فى هذا الفرض لايلتزم بالشراء بل يظل محتفظا بكامل حريته فى الشراء من عدمه • وهو قد يفعل ذلك اذا استقر رأيه نهائيا أو زالت عقبة آخرى كانت تمنعه من الشراء الفورى ولا يكون الوعد ملزما فى هذه الحالة الا للواعد الذى يتعين عليه أن يبرم عقد البيع النهائى اذا عبر الموعود له عن ارادته فى الاستفادة من الوعد •

ومن الأمثلة العملية لذلك • أن يحصل مستأجر العين على وعد بالبيع من مالكها حتى يتسنى له تدبير ثمنها • أو يحصل صاحب المصنع على وعد بالبيع من مالك الأرض المجاورة بما يسمح له بالتوسع فى الارض المقام عليها المصنع • وقد يثور التساؤل عن مصلحة الواعد فى اعطاء هذا الوعد • فقد يكون لدى الواعد مصلحة ملحة فى بيع الشيء محل الوعد أو أن يكون الثمن الذى يعرضه الموعود له مغريا (١).

وحتى ينعقد الوعد بالبيع لابد من مراعاة المادة ١٠١ مدنى التى تنص على أن " الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بابرام عقد معين فى المستقبل لاينعقد الا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التى يجب ابرامه فيها "•

يبين من هذا النص أن الوعد بالبيع هو اتفاق بين الواعد والموعود له فهو أقل من البيع النهائى لأن الواعد هو وحده الذى يلتزم أمام الموعود

---

(١) راجع د/ سمير تناغو المرجع السابق ص٤٧ •

لــه فلا يلتزم بشيء ويكاد الوعـد بالبيع يشبه فى هـذا الايجاب الملـزم ولكن فى رأينا أنه درجـة وسـط بين الايجاب الملزم وبين البيـع النهائـــى وفـى كل الأحوال يعتبـر الوعـد بالبيع أقـل من البيع النهائى لأن الموعـــود لـه لايلتـزم بشـــيء [١].

وحتـى يتـم الوعـد بالبيـع لابـد من الاتفـاق على ثلاثـة أمور هى :

١ ـ الشيء محل الوعد بالبيع الذى يجب تحديده تحديدا كافيا ٠

٢ ـ الثمن الذى يدفـع مقابل هـذا الشيء ٠

٣ ـ المـدة التـى يجوز فيهـا للموعـود له أن يبدى رغبتـه فـى الشـراء والا سقط الوعـد ٠

وتقدير توافر هـذه الشروط هو مـن مسائل الواقـع التى تدخـل فـــى السلطة التقديريه لقاضـى الموضوع بعيدا عن نطـاق الرقابـه القضائية لمحكمـة النقـض [٢] ولايشترط لابرام الوعـد بالبيـع أى شكـل خاص ٠ لأن البيـــع وهـو العقـد المراد ابرامـه لايشترط فيه أى شكل خاص ٠ ولذلك لاينطبـــق علـى الوعـد بالبيـع نـص المـاده ٢/١٠١ مدنـى التـى تنص على أنــــه " اذا اشترط القانون لتمـام العقـد استيفـاء شكـل معيـن فهـذا الشكـل تجـب مراعاته أيضـا فى الاتفاق الـذى يتضمـن الوعـد بابرام هذا العقـــد"

---

(١) راجع د/ السنهورى الوسيـط جزء ٤ ص٥٩ طبعـة نـادى القضــاه عام ١٩٨٧ ٠

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٧٥/١/١٣ الطعن ٢٤٧ السنة ٢٣ ق ص٥٧٦٠

ولكن ينطبق هذا النص فقط فى الحالات الاستثنائيه التى يشترط فيها القانون شكلا خاصا لابرام بعض أنواع البيع كبيع السفينة مثلا •

آثار الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد :

لابد أن نفرق بين حالتين ـ الحالة الأولى : الآثار التى تترتب على الوعد بالبيع قبل أن يظهر الموعود له رغبته فى الشراء •

والحالة الثانية : آثار الوعد بالبيع بعد ابداء الرغبة •

(أ) : آثار الوعد بالبيع قبل أن يظهر الموعود له رغبته فى الشراء :

قبل ابداء الموعود له رغبته فى الشراء يلتزم الواعد بابرام البيع فى أثناء المدة المحددة لذلك•• والالتزام الذى يقع على عاتق الواعد هو التزام بعمل • فيجب على الواعد اذا ما أبدى الموعود له رغبته فى الشراء ابرام العقد وأن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون ابرامه• ولايترتب على الوعد بالبيع نقل ملكيته الشىء محل الوعد من الواعد الى الموعود له • بل أن الملكية لاتنتقل الا بابرام العقد النهائى اذا كان المبيع منقولا ومملوكا للبائع وبالتسجيل اذا كان المبيع عقارا (١) فاذا هلك الشىء الموعود ببيعه قبل أن يبدى الموعود له رغبته فى الشراء فان هلاكه يقع على مالكه وهو الواعد •

---

(١) راجع د/ محمد على عمران المرجع السابق ص٦١ •

(ب) : آثار الوعد بالبيع بعد ابداء الرغبة :

اذا أبدى الموعود له رغبته في الشراء في أثناء المدة المحدده في عقد الوعد فان العقد الموعود به ينعقد وبلا حاجة الى ابداء رغبة جديدة من جانب الواعد . فالعقد الموعود به ينعقد بارادة الواعد الأولى ولا حاجة الى ارادة جديدة من جانبه . وترتيبا على ذلك يجب أن يكون الواعد أهلا لابرام العقد الموعود به وقت ابرام العقد نفسه فيجب أن تتوافر وقت ابرام الوعد بالبيع لدى الواعد الأهلية اللازمة لابرام عقد البيع . فاذا أبدى الموعود له رغبته في ابرام العقد النهائي فان العقد ينعقد بلا حاجة الى اجراء جديد من جانب الواعد .فاذا نكل الواعد وأقام الموعود له دعوى مطالبة بتنفيذ هذا الوعد وكانت شروط العقد وخصوصا المتعلقه بالشكل متوافرة قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضى به مقام العقد . فالامر لايقتصر على مجرد الحكم للموعود له بالتعويض . ولايكون لانعقاد العقد الموعود به أثر رجعي لأن ابداء الموعود له رغبته في ابرام هذا العقد ليس لها هذا الأثر (١).

ويسقط الوعد بالبيع من تلقاء نفسه دون حاجة الى تنبيه أو انذار اذا انقضت المدة التي يجب فيها على الموعود له أن يظهر رغبته في ابرام العقد الموعود به دون أن يعبر الموعود له عن هذه الرغبة (٢).

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٥٩.
(٢) رتجع نقض مدني ١٩٤٤/٥/٦ الطعن ٢٠٢ السنة ١٣ق مجموعة المبادىء جزء أول —

وقد يتخذ الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد صورة آخرى هي الوعد بالتفضيل [١] فماذا يقصد به وما هي أحكامه ؟ ـ

الوعد بالتفضيل :

يقصد بالوعد بالتفضيل التزام الواعد بعرض الشيء الموعود به اذا رغب هو فى البيع على الموعود له أولا . فاذا أبدى الموعود له رغبته فى الشراء وجب على البائع أن يفضل الموعود له على غيره من المتقدمين للشراء ولاينعقد البيع فى النهاية الا بتحقق أمرين : فيجب أن يعبر الواعد أولا عن رغبته فى بيع الشيء الموعود به وأن يبدى الموعود له رغبته فى شراء الشيء الموعود ببيعه خلال المدة المحددة لذلك .

ولقد ذهب جانب من الفقه الفرنسى [٢] الى عدم صحة الوعد بالتفضيل لأنه يتوقف على شرط ارادى محض هو أن يعبر الواعد وهو المدين عن رغبته فى بيع الشيء الموعود به . ولايجوز أن يعلق الالتزام على محض اردا‌ة المدين . الا أننا نذهب معجانب آخر من الفقه المصرى [٣] الى عدم صحة هذا القول لأن هذه الارادة ترتبط ببعض المؤثرات الخارجية وبالتالى فان هذا الشرط ليس شرطا اراديا محضا بل

(١) راجع د/ محمد على عمران المرجع السابق ص٦٣ ـ

(٢) Baudry - Lacantinerie. OP.Cit. No : 71.

(٣) راجع د/ السنهورى الوسيط جزء ٤ فقره ٣٢ ـ

هو شرط مختلط . وبالتالى فان هذا الشرط يكون صحيحا .

ويجب أن يحتوى الوعد بالتفضيل على كافة العناصر الجوهرية للعقد الموعود بابرامه . فيجب أن يتضمن الوعد بالتفضيل تحديدا للشيء محل البيع وأن يحتوى على بيان أساسى بالثمن . ومع ذلك اذا خلا الوعد بالتفضيل من عدم تحديد للثمن فان ذلك لايعنى عدم صحته. لأن الثمن فى هذا الوعد يتحدد على أساس أعلى عرض يحصل عليه الواعد من المتقدمين للشراء . فلا يكون الوعد بالتفضيل خلوا فى هذه الحالة من بيان الأسس التى يتم بمقتضاها تحديد الثمن فى المستقبل .

آثار الوعد بالتفضيل :

(أ) : آثاره قبل ابداء الموعود له رغبته :

قبل ابداء الرغبة من الموعود له لايرتب هذا الوعد ثمة التزامات فى ذمة الموعود له . بل انه لايترتب أى التزام بالنسبة للواعد .

وهنا يختلف الوعد بالبيع عن الوعد بالتفضيل . فاذا أراد الواعد بيع الشيء الموعود بيعه فى أثناء المدة المحددة للوعد وجب عليه أن يعرض هذا الشيء أولا على الموعود له ـ

وبمعنى آخر الوعد بالتفضيل لاينشيء على عاتق الواعد فى الفترة السابقة على ابداء الرغبه سوى التزاما شخصيا لعرض الشيء على الموعود له اذا أراد بيعه . ويظل الواعد مالكا له وتقع عليه تبعة الهلاك .

(ب) : آثاره بعد ابداء الموعود له رغبتـــه :

اذا أبدى الواعد رغبتـه فى بيع الشئ الموعود به وأعلن هـذه الرغبـة الى الموعود له وقبل هذا الآخير الشراء فان عقد البيع ينعقـد وينتج آثـاره وأمـا ما اذا انتهت المـدة المحددة للوعد ولم يعبـر الواعد عن رغبتـه فـى البيع أو اذا أعلن عـن هذه الرغبـة ورفض الموعود له فان الوعـد بالتفضيـل يسقط فى هـذه الحالة تلقائيا وبلا حاجـة الى تنبيه أو انذار بذلـك .

(٢) الوعـد بالشـراء :

صورة الوعد بالشراء تقابل صورة الوعد بالبيع . فالذى يصدر منـه الوعـد بالشراء هو وحـده الذى يلتزم فى مواجهـة الموعود له الـذى لايلتـزم بشئ والصورة العمليـة للوعد بالشـراء هى أن الشخص قد يكون راغبا فـى البيع ولكـن رغبتـه غيـر أكيـدة فيحصل من شخص آخـر تكون رغبتـه فى الشـراء أكيـدة على وعـد بالشراء اذا استقرت رغبتـه هو على البيـع. وقـد يكـون استقرار هذه الرغبـة متوقفا علـى عثور الموعود له علـى استثمار آخـر يستخـدم فيه ثمن البيع عند اتمام الصفقـه (١).

والوعد بالشراء لابد لانعقاده (٢) مـن توافـر الشـروط الواردة فـى

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٥٥/٦/٣٠ السنة ٦ ص٥٠٧ .
(٢) راجع د/ سمير تناغو المرجع السابق ص٥٢ .

المادة ١٠١/١ مدنى وهى تحديد المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه وخصوصا ثمن البيع والشىء محل الوعد ومدة الوعد .

وأثناء هذه المدة يظل المالك وهو الموعود له غير ملتزم بشىء فى مواجهة الواعد . فهو يظل مالكا للشىء من كل وجه ويجوز له أن يتصرف فيه وأن يستغله وأن يستعمله كما يشاء . واذا تصرف فى هذا الشىء الى آخر فانه يكون قد أسقط حقه فى الوعد وأعفى الواعد من وعده . واذا هلك الشىء أثناء مدة الوعد فهو يهلك على الموعود له المالك له .

واذا أبدى الموعود له رغبته فى البيع فان العقد من وقت ابداء هذه الرغبة دون حاجة الى رضاء جديد من الواعد بالشراء . واذا نكل الواعد بالشراء عن اتمام البيع جاز للموعود له أن يحصل على حكم من القضاء يقوم مقام العقد . ويسرى على انتقال الملكيه ما سبق ذكره بحسب ما اذا كان الشىء محل الوعد عقارا أم منقولا .

واذا انقضت مدة الوعد دون أن يبدى الموعود له رغبته فى البيع فان الوعد يسقط ويعتبر كأن لم يكن .

وكذلك يسقط الوعد بتعبير ارادى من جانب الموعود له سواء كان هذا التعبير صريحا أو ضمنيا . ومن صور التعبير الضمنى أن يتصرف فى الشىء الى شخص آخر غير الواعد بالشراء .

٣ ـ الوعـد بالبيـع والشـــراء :

الوعد بالبيـع والشراء امـا أن يكون ملزمـا لجانب واحـد وامــــــا أن يكون ملزما للجانبين فى نفس الوقـت ولكل فرض من هذين الفرضيـــــــــن حكم خاص به

١ ـ الوعد بالبيع وبالشراء الملزم لجانب واحـد :

يتحقق هذا الفرض اذا أبرم شخصان عقدين كان أحدهما وعدا بالبيـــــع من أحـد الشخصيـن الى الآخـر وكان الثانى وعدا بالشراء مـن الشخـــــص الآخـر الى الشخص الأول وكان الشىء محل الوعد واحدا فى كل من العقدين • فمالك السيارة يعطى وعدا لشخص من الأشخاص ببيع هـذه السيارة اليـــه اذا أبـدى رغبتـه فى ذلك والموعود له فى هذا الفرض يعطى بـدوره وعـــــدا لمالك السيارة بشرائها منه أذا أبـدى رغبتـه فى بيعهـا •

فهناك وعـد بالبيـع مـن جانب ووعـد بالشـــراء من جانب آخـر • ولكن كـل من هـذين الوعدين مستقل عن الآخـر وملزم لجانب واحد(١) وقـــد يقـال فى هذا المثال السابق أن الوعد فيه ملزم للجانبين وأن العقد النهائـــى ـد تـم فعلا لأن أحـد الطرفين قد التزم بالبيـع بينما التزم الطــــرف ـر بالشراء ولكننا يمكننـا الرد على ذلك بأن ارادة المتعاقدين لم تتجـــه

---

(١) راجع د/ سمير تناغو عقد البيـع ص٥٤ •

فى هـذا المثال الى ابرام عقد نهائى ملزم للجانبين بل اتجهت الـى ابـرام عقدى وعـد كـل منهما مـلزم لجانب واحـد ٠ ولو كان العقد ملزما للجانبين لمـا أمكـن التنصـل منه أو اسقاطه بارادة أى من الطرفين وحده ٠ والحكـم على خـلاف ذلك بالنسبه لعقد الوعد الملزم لجانب واحد فقط ٠

اذ يظل الجانب الآخـر ممسكا بزمام هذا الوعد أن شاء أسقطه بارادتـه وأن شاء أسقطـه بعدم ابداء الرغبه فى الاستفادة منه خلال مـدة الوعد (١) ٠ وقد يعمد كل من الطرفين الى أسقاط الوعد المقطوع له فينتهى أثـر كـل من الوعدين بتصرف ارادى منفرد من جانب كل من الطرفين ٠

٢ ـ الوعد بالبيـع والشـراء الملـزم للجانبيـن :

هذا البيع هو بيع تام التزم فيه أحـد الطرفين بالبيع والتـزم الطـرف الآخـر بالشراء مع تحديد الشيء المبيع وتحديد الثمن ٠ والوعـد بالبيـع والشراء الملزم للجانبين هو مايسمى بالبيـع الابتدائى ٠ فهو بيـع تام ولكنـه غير نهائى والسبب الذى يدعو المتعاقدين الى ابرام بيع ابتدائى تام ولكنـه غيـر نهائى ٠ هو أن ابرام البيع النهائى قد يقتضى التحقق من أمور لايتسع الوقـت للتحقق منهـا وقت ابرام البيع الابتدائى ويرغب كـل من الطرفين فى اتمـام البيع على أن يتم التحقق من هذه الأمور فيما بعد ٠ كأن يرغب المشتـرى فى التحقق من خلو العقار المبيع من أى حق يثقله فيبرم بيعـا ابتدائيـا

---

(١) راجع د/ سمير تناغو المرجع السابق ص٥٥ ٠

يربط به البائع ويجعله بعد ذلك نهائيا اذا تحقق من خلو العقار من الحقوق الواردة عليه . أو يطلب فسخ البيع اذا وجد العقار مثقلا بحق من هذه الحقوق ـ وقد يكون السبب فى ابرام عقد ابتدائى أن ابرام عقد نهائى يحتاج الى اجراءات مطوله كتجهيز المستندات اللازمة للتسجيل أو الحصول على اذن محكمة الأحوال الشخصية اذا كان أحد المتعاقدين قاصرا.

وفى واقع الأمر أن المشرع الفرنسى قد وضع نصا خاصا يقرر فيه أن الوعد بالبيع الملزم للجانبين هو بمثابة بيع تام فقد نصت المادة ١٥٨٩ مدنى فرنسى " الوعد بالبيع يساوى البيع اذا تراضى الطرفان على المبيع والثمن "(١).

وطبقا لهذا النص فانه يستوى أن يصدر من الطرفين لفظ البيع أو لفظ الوعد بالبيع طالما كانت الارادة منجزة وصادرة من الطرفين فى نفس الوقت

(د) البيع الابتدائى :

الصورة الحقيقية للبيع الابتدائى هو الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين. ولذلك يجب أن تستبعد الصور التاليه من البيع الابتدائى (٢) فلا يعتبر بيعا ابتدائيا المشروع الذى يعده الطرفان تمهيدا لعقد البيع النهائى. وكذلك الوعد بالبيع والشراء لكل جانب على حده .

(١) الأصل الفرنسى للمادة ١٥٨٩ مدنى فرنسى هو :
" La Promesse De vente vaut , vent lorsqu, Ilya Consente ment Reciproaue Des Deux parties Sur La Chose Et sur Leprix

(٢) راجع نقض مدنى ١٩/١/١٩٥٠ ج١ ص٢٤٥ ، د/ السنهورى ج٤ ص٨٠ المرجع السابق ـ

آثار البيـع الابتدائـــى :

ذهب بعض الفقهاء الى القول بأن آثار البيع الابتدائى هى نفس الآثار التى يرتبها البيع النهائى فالبيع الابتدائى [١] ينشىء التزاما على عاتق البائع بتسليم الحصة المبيعة للمشترى واتمام اجراءات نقل الملكية وضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية • وهو ينشىء فى ذات الوقت التزاما على عاتق المشترى بدفع الثمن وتسليم المبيع • ولكن الخلاف فقط آن آثار البيع الابتدائى تظل مؤجله الى وقت اتمام البيع النهائى • وبصفة خاصة يحتفظ البائع بالحق فى الحيازة للشىء المبيع واستغلاله • كما لايلتزم المشترى بأن يدفع من الثمن الا ما اتفق على دفعه كمقدم فقط • غير أن البيع الابتدائى يزيد فى الآثار على البيع النهائى انه ينشىء التزاما مستقلا على عاتق الطرفين باتمام البيع النهائى بحيث اذا نكل أى منهما عن ذلك فللمتعاقد الآخر أن يلجأ الى القضاء لاستصدار حكم من القاضى يقوم مقام العقد النهائى •

ويذهب القضاء المصرى [٢] الى أن البيع الابتدائى يجوز فيه الأخذ بالشفعة كالبيع النهائى • فاذا بيعت دار بعقد ابتدائى جاز لمن توافرت فيه شروط الشفيع أن يطلب أخذ هذه الدار بالشفعة بحسب القواعد المقرره فى هذا الشأن • بل أن الشفيع لو علم بوقوع البيع الابتدائى وتنازل عن حقه فى الآخذ بالشفعة أو ترك المواعيد تمضى دون أن

---

(١) راجع د/ سمير تناغو المرجع السابق ص٥٦•

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٥٣/٣/٢٦ مجموعة القواعد ج١ص٧١٤ رقم ٥٣•

يطالب بحقه فلا يجوز له بعد ذلك أن يطالب الأخذ بالشفعة بعد اتمام عقد البيع النهائى . الا اذا اختلفت شروط كل من العقدين وخصوصا اذا أنقص الثمن فى البيع النهائى .

واذا كان البيع الابتدائى يعتبر بيعا تاما الا أن ابرام عقد بيع نهائى بعد ذلك يؤدى الى انقضاء عقد البيع الابتدائى وحلول عقد البيع النهائى محله . فالعقد النهائى كما تقول محكمة النقض المصرية [١] دون العقد الابتدائى هو الذى تستقر به العلاقة بين الطرفين ويصبح قانون المتعاقدين ولكن لا مانع من الاستعانه فى تفسير عقد البيع النهائى بما ورد فى عقد البيع الابتدائى من عبارات تتفق مع صيغة العقد النهائى [٢]. ومن ناحية آخرى فان حلول عقد البيع النهائى محل العقد الابتدائى لاينبغى أن يضر بحقوق الغير كحق الشفيع فى أن يأخذ العقار المبيع بنفس الثمن الوارد فى العقد الابتدائى . اذ لايجوز أن يؤدى زيادة الثمن فى العقد النهائى الى الحيلوله بين الشفيع وبين استعمال حقه فى الشفعه [٣]

(و) البيع بالعربون :

قبل بيان الأحكام التفصيلية للبيع بالعربون . نود أن نوضح حقيقة العربون فيقصد به مايقدمه [٤] أحد المتعاقدين للآخر عند ابرام العقد.

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٤٤/٣/٢٣ مجموعة القواعد جـ١ ص٣٤٥ رقم ٩.
(٢) راجع نقض مدنى ١٩٨٥/٢/٣٠ الطعن ٣٤٣ ص٦٢ السنة ٢٣ .
(٣) راجع د/ السنهورى المرجع السابق ص٨٥ .

وفى غالب الاحوال الأعم أن يكون جزء من الثمن يقدمه المشترى للبائع . وقد يقصد به اعطاء الحق فى العدول لكل من المتعاقدين . وقد يقصد به تأكيد على البدء فى التنفيذ . والأمر مرده فى النهاية الى نية المتعاقدين الحقيقية .

حكم دلالة العربون فى القانون الفرنسى (١) :

جاء النص على حكم العربون فى الوعد بالبيع فنص " اذا اقترن الوعد بالبيع بدفع عربون لكل من العاقدين حق العدول عن العقد . فاذا عدل من دفع العربون خسره واذا عدل من قبضه وجب عليه رد ضعفه"

ويتضح من هذا النص أن القانون الفرنسى رجح احدى دلالتى العربون على الآخرى .

وقد رأى الفقه والقضاء أن هذا النص ينطبق على عقد البيع ذاته بل أجاز بعضهم تطبيقه فى سائر العقود التى يصحب عقدها دفع عربون والامر الذى لاخلاف فيه أن حكم النص سالف الذكر مفسر لارادة العاقدين فاذا اثبت اتجاه ارادتهما الى غيره وجب اتباع ماتجهت اليه .

(١) راجع عرض النص وتحليليه د/ سليمان مرقص عقد البيع ١٩٩٠ ص٨٧.

العقد من دفع العربون كان ذلك منه اخلالا بالتزامه ووجب عليه تعويض الطرف الآخر والتعويض هنا قد يزيد مقداره أو ينقص عن قيمة العربون وذلك لأن العبره فى تحديد مقدار التعويض تكون بقدر ما أصاب المتعاقد الآخر من ضرر حقيقى (١).

التكييف القانونى للعربون :

اختلف الفقه والقضاء الفرنسى والمصرى حول تحديد التكييف الصحيح للعربون . فذهب رأى فى الفقه فى فرنسا ومصر (٢) الى أن البيع بالعربون هو بيع معلق على شرط واقف والشرط الواقف هنا هو عدم العدول عن البيع . ويذهب أنصار هذا الاتجاه الى القول بأن هذا التكييف هو الذى يتفق وماتذهب اليه ارادة المتعاقدين . اذ أن خيار العدول يدل على أن رضا المتعاقدين بالعقد ليس نهائيا . ويترتب على ذلك وقف جميع الآثار التى ينتجها العقد الى أن يسقط خيار العدول .وبسقوط هذا الخيار بعدم استعماله يتحقق الشرط الواقف وتتحقق بالتالى كافة الآثار بأثر رجعى . وذهب رأى آخر فى الفقه (٣) الى أن البيع معلق على شرط فاسخ . وهذا الشرط قوامه عدول أحد المتعاقدين عن العقد فى مدة معينة وتحديد ذلك يرجع

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم النظرية العامة للالتزام عام ١٩٧٣ ص٢١٢.

(٢) راجع د/ أنور سلطان مذكرات فى العقود المسماه فقره ٩٠ ، د/ منصور مصطفى منصور المرجع السابق ص٤٨ .

(٣) فى الفقه الفرنسى :
Planiol , Ripert et Hamel. T.x,No, 208

حكم دلالة العربون فى القانون المدنى المصرى :

نصت المادة ١٠٣ مدنى على أن " دفع العربون وقت ابرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك فاذا عدل من دفع العربون فقده • واذا عدل من قبضه رد ضعفه هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر " •

يتضح من هذا النص أن المشرع المصرى غلب دلالة العدول على دلالة البدء فى التنفيذ• فالأصل فى التقنين المدنى الجديد أن دلالة العربون هى العدول •فاذا عدل من دفع العربون فقده واذا عدل من قبضه رد ضعفة • فالعربون اذن هو ثمن لاستعمال الحق فى العدول سواء ترتب على العدول ضرر بالطرف الآخر أو لو لم يترتب عنه أى ضرر فاذا عدل المشترى وكان هو الذى دفع العربون فقده واذا عدل البائع رد الى المشترى ضعف ما دفعه وفى هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائى • فالشرط الجزائى وهو الاتفاق المسبق على تقدير التعويض يجب لاعماله أن يصاب الطرف الآخر بضرر • على العكس من ذلك العربون باعتباره ثمنا لاستعمال الحق فى العدول • فمن يعدل يفقد العربون حتى ولو لم يصاب الطرف الآخر بأى ضرر •

الا أن نص المادة ١٠٣ مدنى لايتضمن قاعدة آمره لايجوز الخروج عليها • وانما يجوز للأطراف الاتفاق على اعتبار العربون ليس دالا على العدول بل على البدء فى التنفيذ • فاذا نفذ من دفع العربون ما اتفق عليه حسب مادفعه من أصل الثمن • وأما اذا لم ينفذ

في النهايـة الى ما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين • فاذا كـان هنـاك شـك حول طبيعـة الشرط فهـل هو واقف أو فاسخ رجح الاعتبار الأخير (١).

فاذا قبت تكييف العقد بأنه بيع معلق على شرط واقف لاينتج العقـد أى أثـر الى أن يتبيـن مصير هذا الشرط • فاذا انقضت المدة المعينـة دون عدول أحـد العاقديـن تحقق الشرط الواقف وأنتج آثـره من وقـت العقد وتم حساب العربون من آصل الثمن • واذا حدث عدول تخلف الشـرط وامتنع على العقد أن ينتج أى أثـر سـوى الزام الطرف الذى عـدل بـأن يتحمل خسارة تعادل قيمة العربون فى مقابل استعمالـه حـق العدول أمـا اذا ثبت التكييف الثانى بأنه معلق على شرط فاسخ فان العقد ينتج أثـره من وقت انعقاده، وانتقلت الملكيه الى المشترى ووجـب عليه دفع الثمـن فاذا لم يحدث عدول تخلف الشرط الفاسخ وتأيد العقد واستمر ينتج آثـاره وحسب العربون من أصـل الثمن • واذا حدث العدول تحقق الشرط المذكـور وترتب على ذلك زوال العقد بأثـر رجعى ووجـب على من عـدل أن يتـرك العربون أن كان هو الذى دفعـه وأن يرده مع مثله ان كـان هـو الـذى قبضـه •

وقد علـق أحـد الفقهـاء على هذا التكييف بصورتيـه وقرر (١) أنـه يوخذ عليه أنـه متى تخلف الشرط الواقـف أو تحقـق الشرط الفاسخ وجـب

---

(١) راجع د/ محمد على عمران المرجع السابق ص٨٥ •

(٢) راجع د/ سليمان مرقص المرجع السابق ص٨١ .

أن يترتب على ذلك زوال العقد كله بجميع آثاره • فلا يبقى أى سند قانونى لالتزام من رجع فى العقد بأن يدفع من ماله الى العاقد الآخر مايوازى قيمة العربون طبقا لنص الماده ١٠٣ مدنى •

وازاء ذلك ذهب أستاذنا الدكتور / السنهورى فى الوسيط الى تكييف البيع بالعربون بأنه عقد ينشىء التزاما بدليا فى ذمة كل من طرفيه• أى أن كلا منهما يعتبر ملتزما أصلا بالالتزامات التى تنشأ عادة من البيع البات • ولكن يجوز له أن يستبدل بهذه الالتزامات دفع مايوازى قيمة العربون • فاذا نفذ كل منهما التزامه الأصلى حسب العربون من أصل الثمن وانتهى الآمر •

واذا استعمل البائع حقه فى أن يستبدل بالتزامه نقل الملكية ومايقابله من حق فى الثمن الالتزام بقيمة العربون وجب عليه أن يرد العربون المدفوع من المشترى وأن يدفع له فوق ذلك مثل قيمته من ماله الخاص• واذا استعمل المشترى حقه فى أن يستبدل بالتزامه دفع الثمن ومايقابل هذا الالتزام من حق فى ملكية المبيع الالتزام بقيمة العربون تحلل من التزامه بالثمن ووجب عليه ترك العربون •

ولقد قيل فى شأن نقد هذا الرأى أن الالتزام البدلى يكون التزاما واحدا ذا محلين متعادلين أحدهما أصلى والثانى يجوز للمدين أن يفى به بدلا من المحل الأصلى • وليس الآمر كذلك فى البيع بالعربون لأن الالتزامات التى ينشئها البيع البات فى ذمة البائع متعدده ولكل منها محله الخاص ويجوز للبائع أن يبرأ منها جميعا اذا استعمل ماله من حق فى العدول .

وقد ذهب بعض الفقهاء الى القول [١] أن هــذا الاتجــاه السابق محــل نظــر لأن محــل الالتزام البدلى هو الشيء الأصيل وحــده • ومع ذلك فــان الالتزام الأصلى ينقض اذا استعمــل أى من المتعاقدين حقه فى العــــدول فدفع العربون وهو البدل تنفيذ للعقد لافســخ له •

ونرى تأييــد هذا الاتجــاه الأخير لسلامــة الأساس القانون الذى بنـــى عليه •

---

(١) راجع د/ محمد على عمران المرجع السابق ص٣٩ •

المبحث الثانى

شروط الصحة

بعد أن فرغنا من دراسة شروط الانعقاد ننتقل الى دراسة شرط صحة عقد البيع وهى متعلقه بالأهلية لابرام العقد والقيود التى ترد على الأهلية فى مطلبين هما :

المطلب الأول

الأهلية فى عقد البيع

أولا : الأهلية اللازمة لابرام عقد البيع :

يقصد بالأهلية هنا أهلية الأداء أى صلاحية الشخص لابرام التصرفات القانونية ومناط الأهلية هو التمييز · فغير المميز عديم الأهلية وناقص التمييز ناقص الأهلية (١) وأما كامل التمييز فهو كامل الأهلية وليس لعديم التمييز الحق فى ابرام البيع · وأما المميز فله الحق فى ابرامه باجازة وليه أو الوصى أو القيم باذن من المحكمة · والا كان

---

(١) جعل المشرع سن السابعة هو مناط التمييز فالصبى غير المميز هو من كان دون السابعة · ويكون الصبى المميز ناقص الأهليه وليس عديم الأهلية ومن يبلغ سن الحادية والعشرين يكون كامل الأهليه ·

العقد بغير هذه الاجازه قابلا للابطال لمصلحة القاصر • وأما كامل الأهلية فله الحق فى أن يبرم التصرفات جميعا ومن بينها البيع •

غير أن القانون قد خرج على هذه القواعد فى بعض الأحوال وأجاز للصبى المميز أن يبرم البيع أو الشراء •

الحالات التىأجاز فيها المشرع للصبى المميز ومن فى حكمه أهلية الشراء والبيع:

(أ) : جاء نص الماده ٦١ من القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فى شأن الولاية على المال فنص على أنه :ــ

" للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط " •

يتضح من هذا النص أن للقاصر المميز مهما كان سنه الحق فى التصرف فيما يسلم اليه أو يوضع تحت تصرفه من مال لاغراض نفقته• فاذا كان ماسلم اليه نقودا فله الحق فى أن يشترى بها مايشاء بغرض نفقته • واذا كان ماسلم اليه ليس نقودا فله أن يبيع ماسلم اليه للانفاق من ثمنه • ويجب ألا يتعدى مايلتزم به القاصر حدود المال المسلم اليه فاذا تعداه كان التصرف قابلا للابطال لمصلحته •

(ب) : وجاء نص المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال فنصت على أن يكون " للقاصر الذى بلغ السادسة عشر أهلية للتصرف فيما يكسبه من عمل من آجر أو غيره • ولايجوز أن يتعدى أثر

التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته " .

يتضح من هذا النص أيضا أن القاصر الذي يبلغ من العمر ستة عشر عاما له أن يتصرف بالبيع أو الشراء في حدود مايؤول اليه من أجره الخاص .

(جـ) : ونصت الماده ١١٢ من القانون المدنى على أنه " اذا بلغ الصبى المميز الثامنه من عمره وأذن له فى تسلم أمواله لادارتها أو تسلمها بحكم القانون كانت أعمال الادارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون " ز .

يتضح من هذا النص أن القاصر الذى بلغ الثامنه عشر من عمره وأذنت له المحكمة فى ادارة أمواله . فان اعمال الادارة الصادره منه تكون صحيحة .

ثانيا : عيوب الرضا فى عقد البيع " العلم بالمبيع " :

عيوب الرضا فى القواعد العامه هى الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال والجزاء الذى يترتب عليها هو قابلية العقد للابطال لمصلحة من لحق عيب بارادته . وليس فى تطبيق هذه القواعد على عقد البيع ما يحتاج الى مزيد من التفصيل سوى الغلط حيث اشترط المشرع فى المادة ٤١٩ مدنى علم المشترى بالمبيع توقيعا بين خيار الرؤيه فى الشريعة الأسلامية وبين أحكام الغلط وأحكام تعيين المبيع فى القانون الحديث (١) وسوف نستعرض فيما يلى أحكام العلم بالمبيع " .

(١) راجع د/ سمير تناغو المرجع السابق ص٦٥ ـ ٦٦ .

أحكـام العلـم بالمبيـع :

النص القانونى : ٤١٩ من التقنين المدنى .

فنص على مايلى : " يجب أن يكون المشترى عالما بالمبيع علما كافيـا ويعتبـر العلم كافيا اذا اشتمل العقـد على بيان المبيع وأوصافه الأساسيـة بيانا يمكن من تعرفه . واذا ذكر فى عقـد البيع أن المشترى عالم بالمبيـع سقط حقه فى طلب ابطـال البيع بدعوى عدم علمه به الا اذا أثبت تدليـس البائع ".

فالمقصود بهذا النص ؟ هل يعتبر حكمه تطبيقا للقواعد العامه السابقـه أم شرطا مستقلا لصحة رضاء المشترى وبالتالى لصحة البيع .

الوقوف على ذلك يقتضى منا الرجوع الى مصدر أحكام العلم بالمبيع التـى وضعها المشرع وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى أن " هذا النص يلخـص خمسة نصوص فى التقنين المدنى المصرى السابق هـى المـواد مـن ٢٤٩ـ ٣١٩ على وجه يوفق بين خيـار الرؤيـه المعروف فى الشريعـة الأسلامية وبيـن المبادىء العامة للقانون المدنى وهذه لاتشترط رؤيـة المبيع بل تقتصـر علـى اشتراط أن يكون معيبا تعيينـا كافيا (١)،(٢) . ولكـى نتفهـم الحكـم الوارد فى الماده ٤١٩ سالف الذكر يتعين الوقوف علـى أحكـام خيار الرؤيـة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص١٨ .

(٢) راجع د/ عبد المنعم البدراوى الوجيز فى عقد البيع عام ٩٠ ص٦٨.

فى الشريعة الاسلاميه ثم بعد ذلك نوضح أحكام العلم بالمبيع في القانون المدنى .

أحكام خيار الرؤية فى الشريعة الاسلامية :

يقصد بالخيار عموما (١) أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما حق امضاء العقد أو فسخه . وقد شرع الخيار ليكون وسيلة الى كمال الرضاء والتأكد من سلامته وابتنائه على أساس صحيح . ومن هذا المنطلق ندخل الى معنى المقصود بخيار الرؤية وهو ما يثبت لأحد العاقدين عند رؤية محل العقد من الحق فى فسخ العقد أو امضائه بسبب عدم رؤية محله عند انشاء العقد أو قبله (٢).

وسبب ثبوت خيار الرؤية للعاقد عدم رؤيته محل العقد حين العقد أو قبله ولذا يثبت بدون اشتراطه سواء وصف له المحل عند التعاقد فوجده كذلك عند رؤيته أو لم يوصف له . ولايثبت الخيار الا حين يكون محل العقد عينا مشخصة أى من التى يلزم تعيينها . ولا محل لخيار الرؤية اذا كان المحل دينا فى الذمة . ويثبت خيار الرؤية عند الحنفية للمتملك من العاقدين باتفاق . ولذلك يثبت للمشترى فمن اشترى عينا معينه لم يرها لا وقت اللبيع ولاقبل البيع كان له الخيار اذا رآها عملا بقوله عليه الصلاة والسلام " من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه ".

---

(١) راجع د/ خميس خضر العقود المدنيه الكبيرة عام ١٩٨٤ الطبعة الثانيه ص٥٢ -

(٢) راجع الشيخ /على الخفيف أحكام المعاملات الشرعيه ١٩٤٧ ص٤٠٠ وما بعدها .

ووقت ثبوت خيار الرؤيـة للمشترى هو وقت الرؤية لاقبلها حتـى لـو أجـاز البيع قبل الرؤيـة ورضى بالبيع .

ويشترط لثبوت الخيار عدم رؤية العاقد محل العقد حيـن العقـد أو قبله أو تغير المحـل وقت العقد عن الحالة التى رآه عليها من قبـل . ولا يراد بالرؤية الابصار بل ما هو أعم من ذلك وهو العلم بمحـل العقـد على الوجـه الذى يناسبـه (١) .

ويترتب على ثبوت خيار الرؤيـة أن يكون لمن ثبت له حـق امضاء العقد أو فسخة عند رؤيته محل العقد فاذا أمضاه لزم واذا فسخـه بطل . أمـا عن وقت الخيار فهو يثبت من حين رؤية المبيع وينتهى بصـدور ما يدل علـى الرضا أو الفسخ أو بحصول مايسقطه . ومع ذلك فقد ذهب بعض الحنفيـة الى أن خيار الرؤيـة مؤقت بعد الرؤيـة بالقدر الذى يتمكـن من المشتـرى من الفسخ فاذا تمكن من الفسخ بعد الرؤيـة فلم يفسخ سقط خيـارة ولـزم البيـع .

سقوط خيـار الرؤيـة :

يسقط خيار الرؤية بعـدة أمور منها اذا وجد قبل الرؤية أو بعدهـا ومنها مالا يسقطه الا اذا وجد بعد الرؤية . ويشمل النوع الأول تصـرف

---

(١) راجع الشيخ أحمد ابراهيم المعاملات الشرعيه ١٩٣٦ ص١١٠ ومابعدها .

المتملك فى المحل تصرفا يوجب حقا للغير كبيعه بغير شرط الخيار له ورهنه واجارته • وتعيب المحل فى يد المتملك • موت من له الخيار فهو لاينتقل الى الورثة • وزيادة المحل فى يد متملكه • ويشمل النوع الثانى القول الدال على الاسقاط • التصرف فى المحل تصرفا لايوجب حقا للغير كالهبه من غير تسليم والاعارة والفعل المتصل بالمحل كالانتفاع به وعرضه للبيع وقبضه بعد رؤيته ودفع الثمن • وطلب الأخذ بالشفعة بسبب المحل (١).

أحكام العلم بالمبيع فى القانون المدنى المصرى :

عالج المشرع هذه الأحكام فى الماده ٤١٩ مدنى التى جاءت موفقه بين خيار الرؤية فى الشريعة الاسلامية والمبادىء العامة فى القانون المدنى المصرى • وهذه الأحكام لاتشترط سوى أن يكون ز معينا تعيينا كافيا " (٢).

وسوف نعرض فيما يلى : لمعنى العلم الكافى ثم الجزاء الذى يترتب على عدم العلم وأساسه ثم أخيرا مسقطات حق الابطال لعدم العلم •

(أ) : معنى العلم الكافى :

اشترط المشرع فى المادة ٤١٩ مدنى أن يكون المشترى عالما بالمبيع علما كافيا • والعلم بالمبيع يختلف عن تعيين المبيع فقد يكون المبيع

(١) راجع الشيخ على الخفيف المعاملات الشرعيه ١٩٤٧ ص٤٠٠ومابعدها •
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص٨ •

معينا تعيينا كافيا يميزه عن غيره ويكون نافيا للجهالة الفاحشة دون أن يعلم به المشترى كما لو باع شخص الى آخر منزلا تعين بموقعه كذكر الشارع ورقم المنزل دون أن يعلم المشترى مساحة المنزل وعدد الحجرات وطريقة توزيعها • والعلم الذى تتطلبه الماده ٤١٩ مدنى هو العلم المعاصر لانعقاد العقد أو السابق له بشرط أن يبقى المبيع الى وقت العقد على حالته التى كان عليها وقت العلم •

والعلم بالمبيع يكون على الوجه الذى يناسبه فيتحقق بالابصار ان كان المبيع من المرئيات أو بالشم اذا كان من الروائح العطرية أو التذوق ان كان من الطعام • وتكفى المعاينه أى الرؤية سواء بالابصار أو باستعمال الحواس على الوجه الذى يتناسب مع طبيعة المبيع لتوافر شرط العلم ولو لم يتحقق العلم فى حقيقة الواقع مادامت المعاينة قد تمت بطريقة وافيه من شأنها أن تمكن الرجل العادى من العلم (١)،(٢).

واذا كان المبيع بالعينة فيجب أن يتوافر العلم بالعينة ذاتها ويستوى أن يعلم المشترى بنفسه أو بواسطة نائبه • ولكن التقنين المدنى الجديد لم يجعل المعاينه هى الطريق الوحيد لتحقق شرط العلم بل جعل الى جانب هذا الطريق طريقين آخرين •

أولا : الطريق الذى جعله المشرع يقوم مقام المعاينه ويتحقق به شرط العلم بالمبيع هو أن يشتمل عقد البيع على بيان المبيع وأوصافه

---

(١) راجع د/ عبد الفتاح عبد الباقى المرجع السابق ص٣٧ •

(٢) راجع د/ خميس خضر المرجع السابق ص٥٧ •

الأساسية بيانا يمكن من تعرفه فبعد أن أوجبت الماده ٤١٩ مدنى أن يكـــون المشترى عالما بالمبيع علما كافيا أضافت أنه " يعتبر العلم كافيا اذا اشتمــل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه ".

وقد خالف المشرع فى التقنين المدنى أحكام خيار الرؤية فى الشريعـــة الأسلامية . ففيهـا يثبت خيار الرؤيـة فى البيع مادام المشترى لم ير المبيـــع حتى ولو تضمن العقد وصف المبيع . ففـى تعيين المبيع يكفى أن يكـــون المبيع معروفا بذاته فلا يقع لبس فيه . وذلك بخلاف هذا الطريق للعلــم (١)

فاذا باع شخص الى آخـر منزلا تعين بموقعه كذكر الشارع ورقم المنـــزل كان المبيع معينا تعيينا كافيا دون أن يعلم به المشترى العلم المقصـــود فى الماده ٤١٩ مدنى . فيجـب حتى يمكن القول بأن العلم قد توافـــر بيان أوصاف المنزل الأساسية بيانا يمكن من تعرفه . فيذكر موقع المنزل وحدوده ومساحته وعدد طبقاته وحجراته ومايتبعه من ملحقات وغير ذلك مما يجعـــل صورة المنزل مرسومه واضحـة فى ذهن المشترى ويجب أن يفهم لفظ" العقـد" فى نص المادة ٤١٩ سالف الذكر بمعنى الكائن القانونى الذى ينشأ عـــن تطابق الارادتين . وليس بمعنى المحرر الذى يثبت فيه الاتفاق على البيـــع لأن البيع عقد رضائى لايلزم له أى شكل من الأشكـال (٢).

---

(١) راجع د/ منصور مصطفى منصور المرجع السابق ص٦٩ ـ ٧٠ .
(٢) راجع د/ جميل الشرقاوى المرجع السابق ص٤٤ ـ٤٥ بند ١٨ .

ثانيا : الطريق الثانى الذى جعله المشرع المصرى يقوم مقام المعاينة ويتحقق به شرط العلم بالمبيع هو اقرار المشترى فى عقد البيع بأنه عالم بالمبيع فقد نصت على ذلك الماده ٢/٤١٩ مدنى (واذا ذكر فى عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع سقط فى طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه به الا اذا أثبت تدليس البائع "٠

فاقرار المشترى فى عقد البيع بالعلم بالمبيع يقوم مقام العلم لان اقراره اما أن يتفق مع الواقع فيتوافر العلم واما أن يخالفه فيفيد أن المشترى لايعلق أهمية على علمه بالمبيع أو أنه يتنازل عن الطعن فى العقد ٠

وهذا يخالف الشريعه الاسلامية ٠ ففى خيار الرؤية لايملك المتملك التنازل عن الخيار قبل الرؤية ٠ ولكن اذا اثبت أن اقرار المشترى فى العقد بعلمه بالمبيع جاء نتيجة تدليس البائع كما لو أطلع البائع المشترى على شيءوأوهمه بأنه المبيع خلافا للواقع أو قدم له عقودا صورية لمعرفة ريعه فان ذلك لايمنع المشترى من الطعن فى العقد وعلى المشترى أن يثبت أن اقراره بالعلم بالمبيع فى عقد البيع قد جاء نتيجة تدليس البائع (١)٠

---

(١) راجع د/ البدراوى عقد البيع فى القانون المدنى ١٩٦١ عكس ذلك د/ السنهورى الوسيط جزء٤ بند ٦٥ ص١٢٤ " يرى أن المشترى يتمسك فى هذه الحالة بابطال البيع للتدليس "٠

جزاء عدم توافر العلم وأساسه :

جاءت الفقرة الثانية من الماده ٤١٩ مدنى فنصها " اذا ذكر فى عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع سقط حقه فى طلب ابطال البيع لدعوى عدم علمه به ..." . ويستفاد من هذا النص أن المشرع قد جعل جزاء عدم توافر العلم باحدى طرقه الثلاثة قابلية العقد للابطال لمصلحة المشترى .

والتساؤل الذي يثور بهذه المناسبه . هل يعتبر العلم بالمبيع شرطا مستقلا لصحة رضاء المشتري وبالتالى لصحة البيع أم أنه تطبيق للقواعد العامه في تعيين المبيع أو فى الغلط ؟ .

سبق أن ذكرنا أن المشرع بعد أن نص على وجوب العلم بالمبيع فى الماده ٤١٩ مدنى أضاف عبارة " ويعتبر العلم كافيا اذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافة الأساسية بيانا يمكن من تعرفه ".

فهل يعنى ذلك أن المشرع قد استغنى عن شرط العلم بشرط التعيين للمبيع اعمالا للقواعد العامة المتعلقه بتعيين محل الالتزام (١) نرى أن المشرع لم يكتف بتعيين المبيع بل اشترط فوق ذلك العلم به والقول بغير ذلك يعنى أن نص المادة ٤١٩ مدنى عديم الجدوى لأن كل عقد لابد أن يتعين فيه المبيع تعيينا كافيا (٢).

---

(١) راجع د/ خميس خضر المرجع السابق ص٦٠ـ٦١ .
(٢) راجع د/ منصور مصطفى منصور المرجع السابق بند ٤١ ص٦٩ـ ٧١ .

وبذلك ننتهى الى أن المشرع اعتبر العلم بالمبيع شرطا مستقلا عن تعيين المبيع • والتساؤل الذى يثور أيضا • هل تعتبر أحكام العلم بالمبيع تطبيقا لأحكام الغلط ؟ تنازع الاجابة على ذلك اتجاهين •

يرى أنصار الاتجاه الأول [(١)] أن أحكام العلم بالمبيع لاتتعارض مع الأحكام العامة فى الغلط لأن العلم الكافى الذى تشترطه الماده ٤١٩ مدنى هو الذى يحول دون وقوع المشترى فى الغلط• أما البائع فيفترض علمه بالمبيع • وكل مافعله المشرع هو ايجاد قرينة يجوز للبائع اثبات عكسها بكافة طرق الاثبات •

بينما يرى أنصار الاتجاه الآخر أن أحكام العلم بالمبيع تختلف عن أحكام الغلط لأن النص يعطى للمشترى الحق فى طلب الابطال. ولو لم يكن هناك غلط فى صفة جوهرية أو غير جوهرية • فللمشترى مجرد مكنه أو قدرة له مطلق الحرية فى استعمالها الى أن يوجد مايبطلها وليس عليه أن يثبت وقوعه فى الغلط ولا أن يثبت أن المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه كما تقضى بذلك أحكام الغلط فى الماده ١٢٠ مدنى • ونحن نرجح الرأى الذى ذهب اليه أنصار الاتجاه الثانى ونرى أن علم المشترى بالمبيع شرط مستقل لصحة رضاء المشترى وبالتالى لصحة البيع ومن ثم يختلف عن تعيين المبيع وعن الغلط وفقا للقواعد العامة •

---

(١) راجع د/ أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى شرح القانون المدنى فى عقود البيع والحوتلة والمقايضة ١٩٤٠ ص٧٥ •

مسقطات حق الابطال لعدم العلم :

فى واقع الأمر لم يتعرض المشرع لسقوط دعوى الابطال لعدم العلم ومن ثم فلا مناص من تطبيق القواعد العامة فى سقوط حق الابطال وهو يسقط أيضا بأغلب الأسباب التى يسقط بها خيار الرؤية فى الشريعة الاسلامية • ويمكن أن نذكر هذه الأسباب فيما يلى :

١ — يسقط حق الابطال لعدم العلم بالمبيع بالاجازة الصريحة أو الضمنية طبقا للمادة ١٣٩ مدنى والقاعدة أن الاجازة التى تسقط الحق فى الابطال هى تلك التى تكون بعد زوال العيب الذى لحق العقد ومن ثم يسقط حق الابطال بعلم المشترى بالمبيع ورضائه به صراحة كقوله رضيت أو أجزت • أما اذا رأى المشترى المبيع وأعلن أن المبيع لايفى بالغرض المقصود فله أن يطعن فى البيع بدعوى الابطال لعدم العلم حتى تسقط الدعوى بمضى ثلاث سنوات من وقت العلم أو خمس عشرة سنة من وقت العقد •

٢ — يسقط حق الابطال بمضى ثلاث سنوات من وقت العلم أو خمس عشرة سنة من وقت العقد طبقا لنص المادة ١٤٠ مدنى • مالم يكن المشترى قد نزل صراحة أو ضمنا أو يسقط بسبب آخر •

وفى سقوط حق الفسخ بسكوت صاحب الخيار عن استعماله خلاف فى فقه الشريعة الاسلامية • فيذهب رأى الى أنه غير مؤقت بمدة معينة • ويذهب رأى آخر الى أنه مؤقت بوقت امكان الفسخ

بعد الرؤيـة ٠

٣ ـ ويسقط أيضا بتصرف المشترى فى المبيع قبل العلم تصرفا يوجب حقـا للغير كما لو باعه أو رهنـه ٠

٤ ـ وكذلك يسقط حـق الابطـال بتعيب المبيـع فـى يـد المشترى ٠

٥ ـ ويسقط أيضا بزيادة المبيع فى يد المشترى ٠

٦ ـ وكذلك يسقط بتعذر رد بعض المبيع لهلاكه أو تعيبه أو التصرف فيـه لأن خيار الرؤيـة لايثبت فى البعض ٠

٧ ـ ونرى مع بعض الشراح [١] أن حق الابطال يسقط بموت المشتـرى وذلك قياسا على أحكام الفقه الاسلامى فى خيار الرؤيـة ٠ ويـرى البعض الآخر أن حق الإبطال لعدم العلم بالمبيع لايسقط فى القانون المصـرى بموت المشترى قياسا على الشفعه وهى خيار أيضا [٢] وكذلـك ذهبت محكمة النقض المصرية الى أن طلب الشفعـة لايسقط بالمـوت مخالفة بذلك الفقه الاسلامـى [٣].

---

(١) راجع د/ السنهورى الوسيط جزء ٤ بند ٦٥ ص١٢٥ هامش ٢ ٠
(٢) راجع د/ البدراوى الوجيز فى عقد البيع عام ١٩٩٠ ص٧٥ ٠
(٣) راجع د/ خميس خضر المرجع السابق ص٦٢ ـ ٦٣ ٠

المطلـب الثانـــى

القيود التــى تــرد على الاهلية فى عقد البيع

تمهيـــد :

قد يحظر المشرع على بعض الأشخاص شراء بعض الحقوق فــى حـــالات خاصـــة ومن ثم تنتقص أهلية وجوب هؤلاء الأشخاص ولايكون لهم بالتالـــــــــى الحــق فى تلك هذه الحقــوق • وقد عالجها المشرع فى نصوص متفرقه فـــــــى القانون المدنى الخاص والقوانين الخاصة (١) وسنعرض فيما يلى لهذه القيود :

عرض هذه القيود فى نطاق القانون المدنى :

عندما نستعرض أحكام القانون المدنى نجد أن هناك نصوصا كثيرة عالجـــت هذه القيود منها : الماده ١٠٨ مدنى التى حرمت على الشخص التعاقد مــــع نفسه باسم من ينوب عنه دون ترخيص من الأصيل • الماده ٤٧١ حظـــــرت على رجـــال القضاء والمحامين شراء الحقوق المتنازع عليها وكذلك الماده ٤٧٩ التى حرمت على من ينوب عن غيره أن يشترى ماينط به بيعه بموجب هذه النيابـــــة والماده ٤٨٠ التى منعت السماسرة والخبراء أن يشتروا الأموال المعهود اليهــــم فى بيعها أو تقدير ثمنها •

---

(١) راجع د/ محمد على عمران المرجع السابق ص٤٢ ــ٤٣ •

ونظرا لأن هذا المؤلف روعى فيه أنه كتاب مدرسي يدرس علـى طـلاب الحقوق فاننا لانجد سوى عرض أهم القيود وهى تلك التي تتعلق بالماده ٤٧١ ، ٤٧٢ ، ٤٧٩ مدنى .

أولا : بيـع النائـب لنفسـه :

نصت على ذلك الماده ٤٧٩ مدنى بقولها " لايجوز لمـن ينوب عن غيـره بمقتضى اتفاق أو نص خاص أو أمـر مـن السلطـة المختصة أن يشتـرى بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلنى ماينط به بموجب هذه النيابـه ما لـم يكـن ذلك باذن من القضاء ومع عدم الاخلال بمـا يكون منصوصـا عليـه في قوانيـن آخـرى".

يتضح من هذا النص أن المشرع حـدد فئـة معينة تمنع من التصـرف فى هـذا المال . فما هو نطاق هذا المنع من حيث الأشخاص والبيـوع والاستثناء الذى يـرد على ذلك والجزاء الذى يـرد على مخالفة هذا المنع ؟

(أ) : نطاق المنع من حيث الأشخاص والبيوع (١) :

حـدد نص الماده ٤٧٩ مدنى طائفـة النواب عن الغير المكلفين ببيـع المال أيا كان مصدر نيابتهم أى سواء كانوا نائبين عن الغير بمقتضـى اتفـاق أو نص أو آمـر من السلطة المختصة . فيدخل فيها الوكيل بالبيع والوصـى والقيم والنائب عن غيره بحكم القانون والموظف العام المعهود اليـه فـى

بيع المال والسنديك والحارس المصفى بالنسبه لمال التفليسة أو مال المدين المعسر والمصفى لشركة أو لتركة .

وقد نص القانون صراحة على أن البيع ممنوع حتى ولو تم بطريق المزاد العلنى وذلك لكى يقطع شكا كان قائما فى ظل التقنين المدنى الملغى فسواء تم البيع بطريقة الممارسة أو تم بالمزايدة فالشراء محظور على هؤلاء الأشخاص -

استثناءات المنع :

١ - حالة ما اذا صدر اذن سابق بالشراء وهذا الاذن يجب أن يصدر ممن يملك اعطاءه . وليس من الضرورى أن يصدر من القضاء دائما كما ذكرت المادة ٤٧٩ مدنى فالاذن يصدر من الموكل للوكيل ومن المحكمة للوصى ومن جهة الادارة بالنسبة للموظف المكلف بالبيع فلا تستأذن المحكمة الا حيث يكون النائب معينا بنص القانون أو بأمر من المحكمة .

٢ - حالة تعاقد الأب مع نفسه بأسم القاصر مالم يكن هذا التعاقد بيعا لعقار القاصر .

هذا ويذهب بعض الشراح (١) الى أنه يجوز استثناء من المنع القانونى أن يشترى الوصى مال القاصر اذا كانت له من قبل حقوق على هذا المال وكان القصد من شرائه هو المحافظة على هذه الحقوق كما لو كان الوصى شريكا على الشيوع

(١) راجع د/ البدراوى ، الوجيز فى عقد البيع عام ١٩٩٠ ص ٩٣.

مع القاصر أو مرتهنا له وبيعت العين بالمزاد لعدم امكان قسمتها عينا أو لقيام دائني القاصر بالتنفيذ عليها أو كان للوصي حق انتفاع عليها .

ولكننا نذهب مع رأى راجح فى هذا الصدد الى أنه لايجوز للوصى فى هذه الحالات شراء مال القاصر الا بعد اذن المحكمة وتعيين وصى آخر لرعاية مصلحة القاصر طبقا لنص المادة ٣١ من قانون الولاية على المال .

جزاء المنع :

جاء بمذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد الى أن الجزاء الذى يترتب على مخالفة هذا المنع هو البطلان النسبى واستند فى ذلك الى نص المادة ٤٨١ مدنى التى جاء نصها " يصح العقد فى الاحوال المنصوص عليهافى المادتين السابقتين اذا أجازه من تم البيع لحسابه الا أن هذا الاتجاه لايتفق مع التطبيق الصحيح للبطلان النسبى .

وآية ذلك من زاويتين : الأولى : أن البطلان النسبى هو جزاء لتخلف أحد شروط صحة العقد كعيب الرضاء أو نقص الأهلية . والحالة ليس كذلك فى خصوص المنع من الشراء فالأمر يتعلق بتقييد سلطة الشخص فى التصرف لحساب الغير . والثانية : أن البطلان النسبى لايتمسك به الا طرف فى العقد . والحالة ليس كذلك فى خصوص المنع فلا يجوز للنائب الخارج على المنع أن يتمسك هو بهذا البطلان المزعوم .

وفى واقع الأمر نذهب مع رأى راجح الى أن الجزاء على مخالفة المنع هو عدم نفاذ هذا العقد فى مواجهة الأصيل لخروج النائب عن حدود نيابته أى لقصور سلطانه عن مباشرة التصرف (١).

ثانيا : منع رجال القضاء وأعوانهم والمحامين من التعامل فى الحقوق المتنازع فيها :

١ ـ منع رجال القضاء وأعوانهم من شراء الحقوق المتنازع فيها :

نصت على ذلك المادة ٤٧١ مدنى بقولها " لايجوز للقضاه ولا أعضاء النيابه العامه ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه اذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها والا كان البيع باطلا ".

يتضح من هذا النص سالف الذكر أن المشرع حدد أشخاصا معينين وأموالا معينة تدخل فى نطاق هذا الحظر التشريعى ثم وضع استثناء على ذلك وسوف نعرض تفصيلا لهذه الأحكام فيما يلى :

(أ) : نطاق المنع من حيث الأشخاص :

حدد المشرع هؤلاء الأشخاص على سبيل الحصر لأن هذا النص استثناء على القواعد العامة فلا يجوز التوسع فى تفسيره أو القياس عليه

---

(١) راجع د/ البدراوى ،الوجيز عام ١٩٩٠ ص٩٣ ـ ٩٤ .

ومن [١] ثم فان هؤلاء الأشخاص هم :رجال :رجال القضاء التابعون لأى جهة قضائية سواء كانت هى جهة القضاء المدنى أو جهة قضاء الأحوال الشخصية أو القضاء الادارى • سواء كانت جهة قضائية عادية أم جهة قضائية استثنائية • ويشمل المنع أعضاء النيابة العامة والمحامين والكتبة والمحضرين أما غير هؤلاء فلا يمتد اليهم الحظر • فيخرج من هذا التحديد مترجموا المحاكم - والخبراء والحجاب ووكلاء المحامين ويشترط توافر الشروط الآتية لاعمال نطاق هذا الحظر :

١ - يشترط أن يكون الأشخاص المشار اليهم فى نطاق الحظر يتعاملون فى هذه الحقوق محل النزاع ويكون النزاع داخلا فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها • فاذا لم يكن النزاع داخلا فى اختصاص المحكمة التى يباشرون فيها أعمالهم جاز شراؤهم هذه الحقوق ولو كان متنازعا فيه • فخارج دائرة عملهم يعتبر رجال القضاء كسائر الافراد•

٢ - يجب أن تثبت صفة الشخص التى تجعل التجريم منطبقا عليه وقت الشراء وليس بعده • ويترتب على ذلك أن المشترى اذا اكتسب هذه الصفة فيما بعد يكون التعامل صحيحا [٢] فاذا اشترى أحد مستشارى محكمة استئناف طنطا حقا متنازعا فيه أمام محكمة استئناف الاسكندرية ثم نقل بعد ذلك الى محكمة استئناف الاسكندرية فلا يبطل شراؤه ولايكون لتغير صفته أثر رجعى يستند الى وقت العقد •

---

(١) عكس ذلك د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص٦١ حيث يرى مد هذا الحظر على مفوضى مجلس الدولة لتوافر حكمة المنع•

(٢) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٦٢ ،د/خميس خضر المرجع السابق ص ١١٢•

٣ ـ يحرم الشراء على هؤلاء الأشخاص سواء تم الشراء أو التعامل باسمهم أو باسم مستعار أو بتسخير الغير . فمتى ثبت أن الشراء تم لمصلحتهم وجب ابطاله ويجوز اثبات ذلك بجميع طرق الاثبات[1].

(ب) نطاق التحريم من حيث الموضوع (الحقوق المحظور عليهم شراؤها باستطلاع عجز نص الماده ٤٧١ مدني يبين أن المشرع قصر المنع لهؤلاء الأشخاص المحددين حصرا على الحقوق المتنازع فيها والتي تدخل في نطاق المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها .

ومن ثم فان التحريم لم يكن مطلقا بل يقتصر على شراء أموال معينه . ويمكن ايجاز الشروط التي تتعلق بموضوع هذا الحظر التشريعي فيما يلي :

١ ـ الشرط الأول :

يجب أن يكون الحق متنازع فيه : يقصد بكون الحق متنازع فيه أنه مرفوع بشأنه دعوى أمام القضاء أو قام بشأنه نزاع جدي [2] بشرط أن تكون المنازعة في هذا الحق قائمة وقت البيع [3] وقد ذهبت محكمة النقض الى أبعد من ذلك واشترطت فوق ذلك أن تكون المنازعة معروفه للمشترين وقت الشراء سواء كانت مطروحة على القضاء أو لم تطرح بعد[4].

---

(١) راجع د/ توفيق فرج ، بند ٦٠ ص١١٤ .
(٢) راجع نقض مدني ١٩٣٤/٤/٢٦ .
(٣) راجع د/ سليمان مرقص المرجع السابق ص١٨٦ .
(٤) راجع استئناف مصر ١٩٣٩/٥/١١ المجموعة ٤١ رقم ٨٢ .

ومتى توافر ذلك امتنع شراء هذا الحق المتنازع فيه سواء كان هذا الحق شخصيا أو عينيا (١) وتقدير ما اذا كان الحق متنازع فيه أملا هو مسألة قانونية يخضع فيها لرقابة محكمة النقض (٢).

٢ ـ الشرط الثاني :

اشترط المشرع أن يكون الحق المتنازع فيه يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها . وبناء على ذلك يمتنع على قاضى المحكمة الكليه أن يشترى حقا متنازعا فيه يدخل فى اختصاص هذه المحكمة ولو كان توزيع العمل بين دوائر المحكمة يجعل المشترى بعيدا كل البعد عن نظر هذا النزاع . وكذلك يمتنع على مستشار كل محكمة من محاكم الاستئناف أن يشتروا حقوقا متنازعا فيها يكون النزاع المتعلق بها داخلا فى اختصاص تلك المحكمة ولو كان موضوع النزاع يجعل الحكم فيه غير قابل للاستئناف. ويمتنع كذلك على مستشارى محكمة النقض أن يشتروا أى حق متنازع فيه فى جميع أنحاء الجمهورية .

وبالنسبة لأعضاء النيابه يمتنع على كل منهم شراء الحقوق المتنازع فيها والتى يكون نظرها من اختصاص المحكمة التى يعملون بها . ومن ثم يمتد الحظر الى المحامين العامين ورؤساء النيابه الذين يعملون أمام محكمة النقض فى جميع أنحاء الجمهورية .

---

(١) راجع د/ سليمان مرقص ، المرجع السابق ص١٨٧ .
(٢) راجع نقض مدنى ١٣/٤/١٩٧٨ الطعن ٨١ ص٩٢٧ .

وأما بالنسبة للكتبه والمحضرين فان الحظر من الشراء لايسرى الا بالنسبه للحقوق المتنازع فيها التى يكون نظرها من اختصاص المحكمة التى يقوم بوظيفته فيها .

وأما عن المحامين فالوضع محل خلاف بالنسبه لهم . فذهب البعض (١) الى القول أنه نظرا لأن المحامى لايتقيد بالمرافعة أمام محكمة معينه وانما يتقيد فقط بدرجات المحاكم وبالجهات القضائية فان المحامى المقبول للمرافعة أمام المحاكم الجزئية يمتنع عليه شراء الحقوق المتنازع فيها التى تدخل فى اختصاص أى محكمة جزئية من محاكم الجمهورية .

والمحامى المقبول للمرافعة أمام المحاكم الكلية يحرم عليه شراء أى حق متنازع فيه لأنه يجوز له أن يباشر عمله أمام جميع المحاكم الكليه وهذه المحاكم فى مجموعها يشمل اختصاصها جميع أنحاء الجمهورية وذهب اتجاه آخر (٢) الى أن تعميم هذا المنع بالنسبة للمحامين فيه اجحاف لهم ومن ثم خفف أنصار هذا الاتجاه من غلواء هذا التشديد فرأى بعضهم أن يقتصر المنع فى حالة ما اذا كان المحامى موكلا عن أحد المتنازعين فى الحق موضوع البيع . ورأى البعض الآخر أن يقتصر المنع على المحامين الذين يترافعون أمام المحكمة التى يقع النزاع فى دائرتها . ولكن كثرة الشراح ترى ازاء عموم النص اطلاق التحريم بالنسبة الى المحامين وتطبيق النص فى كل الأحوال التى يكون فيها للمحامى حق المرافعة أمام المحكمة

---

(١) راجع د/ سليمان مرقص المرجع السابق ص١٨٨ وما بعدها .
(٢) راجع د/ فتحى زغلول المرجع السابق ص٢٢٦ .

التى يدخل النزاع فى دائرة اختصاصها [1].

ومتى انتهى النزاع جاز للمحامى أن يشترى من موكله الحق الذى فصل فى النزاع الذى كان قائما بشأنه . ولنا رأى فى خصم هذا الخلاف الفقهى بالنسبه للمحامين أن حكمة المنع هى منع شبهة التواطوء واستغلال النفوذ ومن ثم نرى أن التحريم ينصب فقط على حالة ما اذا كان المحامى موكلا عند أحد الخصوم فقط فليس من المنطقى التشديد بالنسبة لهم فالقاضى الذى لايعمل فى دائرة محكمة النزاع يعتبر من قبيل الأفراد ولا ينطبق عليه الخطر . ومن ثم فليس المحامى بأكثر شبهة للاستغلال من القاضى .

حكم خاص بتعامل المحامين مع موكليهم :

لى يكتف المشرع بهذا المنع العام الذى يشمل كل الحقوق المتنازع عليها سواء وكل فيها محام أم لا . بل أمعن المشرع فى مزيد من الحماية للموكلين وجاء نص الماده ٤٧٢ مدنى " لايجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها اذا كانوا هم يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار والا كان العقد باطلا ".

يلاحظ ابتداء أن هذا النص جاء تكملة لنص الماده ٤٧١ مدنى الذى تناول الحظر العام كما أنه لايقتصر على الشراء فقط بل تناول جميع صور التعامل . ومن ثم لايجوز للمحامى التعامل مع موكليه فى حق من الحقوق

---

(١) راجع د/ حلمى عيسى المرجع السابق ص٩٠٢ .

المتنازع فيها اذا كان يتولى الدفاع عنهم فيها سواء كان التعامل باسمه أو باسم مستعار (١).

والغرض من التوسع فى هذا الحظر هو توفير أكبر قدر من الثقة بين المحامين وموكليهم وحماية للموكلين مما قد يلجأ اليه البعض من المحامين بغية الحصول على أتعاب كبيرة تفوق مايستحقه من أتعاب معقولة عن القضية • غير أن بطلان مثل هذه الاتفاقات لايحول بين المحامى وبين حقه فى المطالبة بأتعاب عادلة •

الاستثناء الوارد على المنع :

" جواز استرداد عمال القضاء ماعليهم من حقوق محل منازعة (٢) " :

نصت المادة ٤٦٩ مدنى " اذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل الى شخص آخر فللمتنازع ضده أن يتخلص من المطالبة اذا هو رد الى المتنازع له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع ".

يتضح من هذا النص أنه يعالج حالة المدين فى دين مدعى عليه به أن يسترد هذا الدين من مشتريه فيحل محل الدائنين الأصلى قبل نفسه ويتخلص بذلك من هذا الدين فى مقابل ثمن هو فى الغالب أقل من مقدار الدين •

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٦٤/٣/١٩ مجموعة النقض السنة ١٥ ص٣٨١ قاعدة ٦١ •

(٢) راجع د/ محمد على عمران المرجع السابق ص٤٨ ـ٤٩ •

فلو فرض أن المدين بمثل هذا الحق هو أحد رجال القضاء المشار اليهم فى الماده ٤٧١ مدنى فهل يجوز له اذا باع الدائنين هذا الحق المتنازع فيه للغير أن يسترده ممن أشتراه طبقا لهذا النص المشار اليه ؟ . أم أن المنع الوارد فى الماده ٤٧١ مدنى يمتد أيضا الى حق الاسترداد الوارد فى المادة ٤٦٩ مدنى (١) . ذهب البعض الى أن أنه ليس لرجال القضاء وأعوانهم استرداد ما عليه من حقوق متنازع فيها اذا باعها أصحابها لأن حق الاسترداد المنصوص عليه فى الماده ٤٦٩ مدنى وضع لمصلحة خاصة فى حين أن المنع من الشراء الوارد فى الماده ٤٧١ مدنى قصد به رعاية مصلحة عامة والمصلحة الأخيره أولى بالتفصيل (٢) .

غير أن هذا الرأى مردود عليه بأن الحكمة التى من أجلها وضع الاستثناء الوارد فى الماده ٤٧١ مدنى هى منع المضاربه على الحقوق المتنازع فيها وكذلك منع استغلال النفوذ والتعريض للشبهات . وبتطبيق هذه الحكمة على الماده ٤٦٩ مدنى فان فكرة المضاربة وشبهة استغلال النفوذ لامحل لها ولامعنى لتحريمه (٣) .

وبهذا الاتجاه الأخير الذى يميل اليه غالبشراح القانون المدنى الجديد والذى نرجحه أخذت به المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى الجزاء الذى يترتب على مخالفة الحظر الوارد فى المادتين ٤٧١ ، ٤٧٢ مدنى :

جاءت العبارة الاخيره فى نص المادتين ٤٧١ ، ٤٧٢ مدنى "......والا كان البيع باطلا " .

---

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص٩٨ ـ٩٩ .
(٢) راجع تفصيل ذلك د/البدراوى ، الوجيز فى عقد البيع عام ١٩٩٠ ص٩٩ .
(٣) راجع د/ سليمان مرقص المرجع السابق ص١٩٠ .

فما المقصود بهذا البطلان ٠ هل هو البطلان المطلق أم البطلان النسبي ؟٠ ذهب الفقه الفرنسي الى أن مخالفة المنع الوارد في المادة ١٥٧٩ مدني فرنسي والمقابلة للمادة ٤٧١ مدني الى بطلان البيع بطلانا مطلقا (١) بينما ذهب البعض الآخر في فرنسا أيضا الى أنه يقصد بالبطلان هنا البطلان النسبي (٢) .

أما الفقه في مصر يجمع على أن المقصود بالبطلان هنا هو البطلان المطلق لا القابلية للابطال ولايكون البيع أو التصرف أثرا فيما بين المتعاقدين ولابالنسبة للغير ٠ ويجوز تبعا لذلك لكل ذي مصلحة أن يتمسك به فلكل من يتأثر مركزه القانوني بالتصرف وجودا أو عدما أن يطالب بالبطلان ويؤسس البطلان هنا على مخالفة النظام العام ٠ وقد عبر أستاذنا الدكتور/ السنهوري (٣) بأبلغ عباراته في هذا الخصوص " فمما يخالف النظام العام أن يستغل عامل القضاء نفوذه في شراء الحقوق المتنازع فيها واذا كان لم يقصد أن يستغل نفوذه فعلا ففي القليل قد ألقى بشرائه الحق المتنازع فيه ظلا من الشبهة في حيدة القضاء في نزاع يقع في اختصاصه فهذه العبارات تتصل أوثق الاتصال بالنظام العام والآداب ويكون الجزاء هو البطلان المطلق " .

عرض القيود في نطاق القوانين الخاصه :

نصت بعض القوانين الخاصة على حظر الشراء بالنسبه لطوائف معينه حظر

(١)

(٢)

(٣) راجع السنهوري الوسيط جـ٤ ص٢١٨ فقره ١١٢ .

يتعلق بالنظام العام ويترتب على مخالفته بطلان البيع • وأهم هذه القوانين قانون الاصلاح الزراعى ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ المعدل بقانون ٥٠ لسنة ١٩٦٩ • والذى حظر على أى شخص أن يشترى أرضا زراعية يصبح بها مجموع مايملكه من الأراضى الزراعية يزيد على الحد الأقصى للفرد ٥٠ فدانا وللأسرة مائة فدان • وكذلك القانون ٣٧ لسنة ١٩٥١ ، ١٥ لسنة ١٩٦٣ اللذان حظر على الأجانب تملك الأرض الزراعية والصحراوية والقانون ١١١ لسنة ١٩٤٥ الذى حظر على أى أجنبى تملك أى عقار يقع بأحد الأقسام التى تقوم على ادارتها مصلحة الحدود والقانون ٨١ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم تملك غير المصريين العقارات والأراضى الفضاء المعدل بالقانون ٥٦ لسنة ١٩٨٨ والصادر بشأنه قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١١٣٣ لسنة ١٩٨٨ بانشاء مكتب شئون تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأرض الفضاء • وسوف نعرض لهذه الحالات تفصيلا فيما يلى :

أولا : حظر شراء أطيانا زراعية ترفع مجموع مايلكة المشترى من الأطيان الى أكثر من خمسين فدان :

حدد قانون الاصلاح الزراعى فى التعديل الذى أورده المشرع فى المادة الأولى من القانون ٥٠ لسنة ١٩٦٩ الحد الأقصى لملكية الفرد وملكية الأسره• فجعلها للفرد خمسين فدانا وللأسرة مائة فدان •

وجاء نصها كما يلى " لايجوز لأى فرد أن يتملك من الأراضى الزراعية وما فى حكمها من الأراضى البور والاراضى الصحراوية أكثر من خمسين فدانا على أنه لايجوز أن يزيد جملة ماتمتلكه الأسرة من الاراضى الزراعية وما فى حكمها

على مائة فدان وبشرط ألا تزيد ملكية أى فرد فيها على الخمسين فدانـــــا". ويقصد بالأسرة وفقا لهذا النص (١) الزوج والزوجـة والأولاد القصر ولو كانــــوا متزوجين . وتتحـــدد الحالة المدنية للشخص على أساس ما كان يتصف بـــــه فعلا وقت العمل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ .

فاذا كان الراغب فى الشراء وقت العمل بالقانون ٥٠ لسنة ٦٩ خمسيـن فدانا وتعاقد بعد ذلك على شراء قدر من الأطيـان يرفع ملكيتـه عن الحـــد الأقصى المقــرر قانونا فهذا التعاقد يقع باطلا بطلانا مطلقا .

وأما عن العقود التى أبرمت قبل العمل بهذا القانون وسجلت ترتـــب عليها نقل الملكية . فلا يلحقها البطلان . ويقع القدر الزائد عن الحـــد الأقصى المقرر للملكية الزراعية تحت حكم الاستيلاء المنصوص عليه فـــى القانـــون

فاذا لم تكن هذه العقود قد سجلت وكان لها تاريخ ثابت قبل العمـــل بهذا القانون (٥٠ لسنة ١٩٦٩) فقد انعقد الاجماع حـــول صحتها (٢) وثار الخلاف فى الفقه حول جواز تسجيلهـا .

فذهب رأى (٣) الى جواز تسجيل هذا العقد فهو ليس باطلا ثم تستولـى بعد ذلك على هذا القدر الزائد . وذهب اتجاه آخـر (٤) الى عـدم جـــواز

---

(١) راجع د/ أحمد سلامه القانون الزراعى عام ١٩٧٠ ص١٠٩، د/حمدى عبد الرحمن القانون الزراعى عام ١٩٩٠ ص٧٨، د/ طلبه خطاب القانـــون الزراعى عام ١٩٨٩ ص١٠١، د/محمد على عمران عقد البيع ١٩٧٠ ص٥٣.

(٢) راجع د/ السنهورى المرجع السابق ص٣٦١،د/ لبيب شنب ومجدى صبحى خليل المرجع السابق ص١٣٦ ، د/ سليمان مرقس المرجع السابق ص١٦٦.

(٣) نقض مدنى١٤/١١/١٩٥٧ مجموعة آحكام النقض ص٨٩٨ الطعن ٨٨.

(٤) راجع د/ أحمد سلامه المرجع السابق ص١٧٨ ومابعدها .

تسجيل هذا العقد • فالتسجيل ناقل للملكيــة فكيف يمكن القول بجوازه اذا ما ترتب عليه زيادة ملكية المشترى عن الحد الأقصى • ونميل الى ترجيح الرأى الثانى لاتساقه مع منطق النصوص القانونيــة •

واذا كان الراغب فى الشراء ممن يشملهم التعريف الخاص بالأسرة وفقـــا لأحكام القانون ٥٠ لسنة ١٩٦٩ فلا يجوز أن تتجاوز ملكية أسرته مائـــة فدان فلو فرضنا أن هذا الشخص كان مالكا لثلاثين فدانا وقت العمل بأحكـام القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ وبلغت ملكية الأسرة مائة فدان • فلا يكون هذا الشخص أهلا لتمليك أى من الأراضى الزراعية الى أن يستقل بنفسة ويخرج عـن نطاق من تشملهم الأسرة • وقد أراد المشرع بذلك القضاء على الآقطـــاع بالنسبة للآفراد واقطاع الأسرة على السواء •

ثانيـا : القيود المفروضة على التملك أو التصرف فى الأراضى الصحراوية :

يقصد بالأراضى الصحراوية تلك الأراضى المملوكه للدولة ملكية خاصة (١) والواقعة خارج الزمام بعد مسافة كيلو مترين • ويقصد بالزمام حـد الأرض التـى تمت مساحتها مساحة تفصيلية وحصرت فى سجلات المساحة وفى سجلات المكلفـات وخضعت للضريبة العقارية على الأطيان • وبالنسبة للمحافظـات الصحراويـــة يعتبر زمام كردون المدن والقرى القائمة فى تاريخ العمل بالقانون ١٤٣ لسنـة ١٩٨١ فى شأن الأراضى الصحراويـة والتى تقام مستقبلا وحتى مسافـــة كيلو مترين (٢)

---

(١) راجع د/ مصطفى عدوى عقد البيع عام ١٩٩٠ ص٥٨ ــ ٥٩ •

(٢) راجع قرار رئيس الوزراء ٢٠٣ لسنة ١٩٨٢ فى شأن تحديد المحافظـــات الصحراوية •

وقد فرض المشرع وزير الدفاع تحديد المناطق للتى تعتبر ذات أهميـــــة عسكرية من الأراضى الصحراوية ومنع تملكها أو استخدامها فى غير الأغـــــــراض العسكرية الا بموافقـة وزير الدفاع وبالشروط التى يحددها • وفيما عدا ذلـــك أجاز لوزير استصلاح الأراضى أن يحدد المناطق التى تشملها خطة مشروعـــات استصلاح الأراضى • وتتولى الهيئة العامة لمشروعات التعمير ادارة هذه الأراضـــى ويكون التصرف فيها واستغلالها بمعرفة الهيئة بعد أخذ رأى وزارة الدفــــاع وبمراعاة ماتقرره فى هذا الشأن من شروط وقواعد تتطلبها شئون الدفـــــاع عن الدولة •

الحـد الأقصى لملكية الأراضي الصحراوية :

جاء نص الماده ١١ من القانون ١٤٣ لسنة ١٩٨١ وقرر أنــــه " يكون الحد الأقصى للملكية فى الأراضى الصحراوية الخاضعة لأحكام هـــذا القانون وفقا لما تحققه أساليب وطرق الرى من ترشيد واقتصاد فى استخـــدام مصادر المياه المتاحه وبما يتفق مع التطورات العلمية فى هذا المجال وذلـــك على النحو الآتـــى :

(أ) : اذا كان الرى يعتمد على المياه الجوفيه أو استخدمت فيه الطـــرق الحديثة كالرش أو التنقيط أو أى آسلوب للرى يعتمد على ضغط الميـاه يحدد الحد الأقصى للملكية على الوجه الآتى :

١ ـ ٢٠٠ فدان للفرد ـ ٣٠٠ فدان للأسرة وتشمل الأسرة الزوجه والاولاد القصر غير المتزوجين .

٢ ـ ١٠٠٠٠ فدان للجمعية التعاونية بحد أقصى مقداره ٣٠ فدانا للعضو.

٣ - ١٠٠٠٠ فدان لشركات الأشخاص والتوصية بالأسهم مع مراعاة ألا يجـــاوز الحد الأقصى لملكية الفرد ١٥٠ فدانا .

(ب) واذا كان بأسلوب الرى السطحى الذى يتم الاتفاق عليه بين الوزيـــــر المختص بالاستصلاح وبين وزير الرى أو بالنسبة للمساحات المجففه مـــن أراضي البحيرات فيكون الحد الأقصى للملكية بما لايجاوز نصف الحـــدود القصوى المشار اليها . وفى جميع الأحوال يجب ألا تقل ملكية المصريين عن ٥١٪ من رأس مال الشركة وألا تزيد ملكية الفرد على ٥٪ مـــن رأس مالها ولايجوز أن تؤول أراضي الجمعيات التعاونية والشركات عنـــد انقضائها الى غير المصريين . ولاتخضع شركات القطـاع العام لأى حـد أقصى (١) .

وفى جميع الأحوال لايستفيد من التملك وفقا لأحكام هذا القانون ســوى المصريين دون سواهم . وفى حالة زيادة الحد الأقصى للملكية عـــن الحدود الوارده بهذا القانون تتبع أحكام الماده ٧ من القانون ٥٠ لسنـة ١٩٦٩ بشأن تعيين حد أقصى للملكية .

التصرف فى القدر الزائد عن الحد الأقصى للملكية فى الأراضي الصحراويـة

يجوز للفرد والأسرة التصرف فى القدر الزائد عن الحد الأقصى للملكية فـــى الأراضي الصحراوية . وذلك بتصرفات ثابته التاريخ خلال سنة من تاريـــخ حدوث الزيادة بشرط ألا تزيد ملكية أى من المتصرف اليهـم على االمساحـــة

---

(١) راجع د/ مصطفى عبد الحميد عدوى شرح أحكام عقد البيع عام ١٩٩٠ص٦٠ ونص الماده الخامسه من اللائحة التنفيذية للقانون ١٩٨ لسنة ١٩٨٢ .

الجائز تملكها قانونا بما فى ذلك القدر محل التصرف ٠ والا كان للهيئـــــة ان تستولى على مقدار الزيادة اعتبارا من تاريخ انقضاء تلك السنة٠ فى نظيـــر تعويض نقدى يعادل سبعين مثلا للضريبه العقاريـة الأصليـة المربوطــــه بها الأرض فى تاريخ الاستيلاء الاعتبارى ٠ ويضاف الى ذلك قيمة المنشآت والالات الثابته والأشجـار الكائنة بها مقدرة بمعرفة اللجان الفنية ٠ واذا كانـت الأرض غير مربوطه بضريبة عقارية أو كانت مربوطة بضريبة عقارية لاتجاوز فئتها جنيهيـن يتم تقدير قيمتها بواسطة اللجان الفنية المشار اليها ٠ ويعتبر هذا التقديـــر نهائيا فور اعتماده من مجلس ادارة الهيئـة ٠

الجـزاء على مخالفـة أحكام القانون ١٤٣ لسنة ١٩٨١ :

باستعراض نصوص هذا القانون نجد أن المشرع وضع لهذه المخالفة جزائيـن أحدهما أورده فى نص المادة العاشره فى فقرتها الثانية ٠ والآخر جزاء أورده فـى نص الماده ٢٣ من هذا القانون ٠ ويتمثل الجزء الأول فى بطلان كـــل التصرفات التى تتم بالمخالفة لأحكام هذا القانون ٠ وهذا البطلان هـــو بطلان مطلق يتعلق بالنظام العام ٠ وأوجب علـى المحكمـة المنظور أمامهـا هذا النزاع أن تقضى من تلقاء نفسها بهـذا البطلان ٠ولذلك جـاء نـــص الماده ١٠/٢ " ويقع باطلا كل تصرف أو تقرير لأى حـق عينـى أصـــلى أو تبعى أو تأجير أو تمكين بأى صورة من الصور على تلك الأراضى يتـــم بالمخالفة لأحكام هذا القانون ٠ ولايجوز شهره ولكل ذى شأن التمســـك بالبطلان أو طلب الحكم به وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسهـــا " ٠

وأما عن الجزاء الثانى فقد نص عليه المشـرع فى الماده ٢٣ من هـــذا

القانون وهو ذات صبغة جنائية مما نرى معه والحال كذلك عرضه فى مجال التصرفات المدنية مكتفين بالإشارة الي هذا النص .

وقد صدر القانون رقم ٥ لسنة ١٩٩٦ فى شأن قواعد التصرف بالمجان فى الأراضى الصحراوية المملوكة للدولة أو الأشخاص الأعتبارية العامة أو تأجيرها بإيجار أسمى لإقامة مشروعات استثمارية عليها أو للتوسع فيها (١). وقد أستهدف المشرع بأحكام هذا القانون تشجيع الأستثمار فى الأراضى الصحراوية فوضع العديد من الضوابط والقواعد التى تكفل تحقيق مسيرة التنمية الحديثة والتي سوف نتناولها كما يلى :

ضوابط التصرف بالمجان فى الأراضى الصحراوية المملوكة للدولة أو الأشخاص الأعتبارية العامة :-

١ - أناط المشرع فى المادة الأولى فقرة ثانية برئيس الجمهورية بتحديد المناطق التى تعتبر أراضى صحراوية تخضع لنظام التصرف بالمجان أو الإيجار الأسمى لإقامة مشروعات عليها . وقد جاء النص كما يلى : « ..... ويصدر بتحديد المناطق التى تقع فيها الأراضى الصحراوية المشار إليها وبالقواعد والإجراءات المنظمة للتصرف بالمجان أو التأجير قرار من رئيس الجمهورية . وبذلك التحديد يكون المشرع قد قطع كل دابر لمحاولة استغلال الأراضى الصحراوية داخل الدولة ، فرئيس الجمهورية سلطة لاخلاف عليها

---

(١) نشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ، العدد ٤ مكرر / أ فى ١٩٩٦/١/٣٠ .

ولا تثير أدنى شك فى محاولة الحفاظ علي أراضى الدولة وأشخاصها الأعتبارية العامة .

٢ - عدم إنتقال ملكية هذه الأراضى الى المتصرف اليه إلا إذا تم المشروع وتم الإنتاج بالفعل .

٣ - جعل المشرع سند ملكية المنصرف إليه إيداع هذه المحررات مكتب الشهر العقارى المختص ، أى الذي تقع فى نطاقه هذه الأراضى محل التصرف ، وبذلك الإيداع يعتبر المحرر قد تم شهره على خلاف قواعد الشهر العقاري المعمول بها لشهر التصرفات العقارية .

٤ - عدم زيادة مدة التأخير لهذه الأراضى عن أربعين عاماً ، وأجاز المشرع تجديدها طالما أن المشروع مازال قائما (١) .

القيود التشريعية على التصرف بالمجان فى الأراضى الصحراوية وتأجيرها :

إمعاناً من المشرع في تحقيق مسيرة التنمية الحديثة التى شهدتها البلاد فى هذه الآونة الأخيرة من القرن العشرين سهل التصرف بالمجان والتأجير الأسمى للأراضى الصحراوية التى يصدر بها قرار من رئيس الجمهورية فى عجز نصوص القانون ٥ لسنة ١٩٩٦ .

ورغم ذلك فرض العديد من القيود على ذلك مقابل التسهيلات التى تعطى للمتصرف إليه أو المنتفع من أحكام هذا القانون ، وسوف نعرض لهذه

(١) أنظر نص المادة ٣ من القانون ٥ لسنة ١٩٩٦ .

القيود على النحو التالى : -

١ - حظر المشرع علي المتصرف اليها أو المنتفعين من أحكام هذا القانون أستخدام هذه الأراضى التى تم التصرف فيها فى غير الغرض الذى خصصت من أجله إلا بموافقة الجهة صاحبة هذه الأراضى .

٢ - عدم جواز التصرف فى هذه الأراضى أو جزء منها أو تقرير حق عينى عليها أو تمكين الغير منها قبل ملكيتها للمتصرف إليه .

٣ - أوجب المشرع علي الجهة الإدارية المالكة أسترداد الأراضى محل التصرف فى حالة عدم تنفيذ المشروع وبدء الإنتاج الفعلى خلال المدة التي تحددها هذه الجهة (١) . وأجاز المشرع لهذه الجهة بيع هذه الأراضى أو تأجيرها لصاحب المشروع طبقاً للسعر السائد فى المنطقة .

جزاء مخالفة ضوابط وقيود التصرف بالمجان فى الأراضى الصحراوية أو تأجيرها :

لقد عنى المشرع بالضوابط والقيود سالفة الذكر منع كل محاولة لأحكتار تملك الأراضى الصحراوية وإثارة الشك فى تصرف السلطات العامة.

ومن أجل ذلك وضع جزاء فى عجز المادة الخامسة (٢) من أحكام هذا

---

(١) أنظر نص المادة ٤ من القانون ٥ لسنة ١٩٩٦ .

(٢) أنظر نص المادة ٥ من أحكام القانون ٥ لسنة ١٩٩٦ « ...... ويقع باطلاً كل إجراء أو تصرف يخالف ذلك ولايجوز شهره ، ولكل ذى شأن التمسك بالبطلان أو طلب الحكم به وعلي المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .» .

القانون وهو جزاء مدنى بحث يتمثل فى بطلان كل إجراء أو تصرف يخالف أحكام هذا القانون ، وبالتالى عدم جواز شهره ، وجعل أحكام هذا البطلان تنتمى الي جزاء البطلان المطلق الوارد فى نصوص القانون المدنى (١) بأن أباح لكل ذى مصلحة التمسك به أو طلب الحكم به . وأوجب على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، والذى دفع المشرع الي تقرير هذا البطلان المطلق كجزاء على مخالفة أحكام هذا القانون أنه ينظم مصلحة عليا تتعلق بالدولة وأشخاصها الأعتبارية .

منحة تشريعية للمتصرف إليهم وملاك الأراضي الصحراوية :

لقد منح المشرع هؤلاء اعفاءات مثل مشروعات المجتمعات العمرانية الجديدة بالأعفاءات والتيسيرات بأن عدل المادة ٤ / ١ من أحكام القانون ١٤٣ لسنة ١٩٨١ ، وجعل المشروعات التى تقام للتنمية والسياحة واستصلاح وأستزراع الأراضى على هذه الأراضى الصحراوية (٢) .

وقد جاء التعديل على النحو التالى : « يسرى على مشروعات التنمية السياحية ومشروعات الأستصلاح والأستزراع التى تقام على الأراضى الخاضعة لهذا القانون ذات القواعد والأحكام والتيسيرات والإعفاءات والإجراءات المنصوص عليها فى القانون ٥٩ لسنة ١٩٧٩ فى شأن المجتمعات العمرانية الجديدة وذلك أياً كانت الجهة أو الشخص الذى يقوم بها . كما

---

(١) أنظر د./ محمود جمال الدين ذكى ، نظرية الإلتزام جـ ١ عام ١٩٧٣ ص ٢١٣ .
(٢) أنظر أحكام القانون ٥٩لسنة ١٩٧٩ فى شأن المجتمعات العمرانية الجديدة .

تسرى ذات القواعد والأحكام والتيسيرات والإعفاءات والإجراءات المشار إليها علي مشروعات الأستصلاح والأستزراع التي تقع على الإراضى الواقعة خارج الزمام الى مسافة كيلو مترين ، وذلك فى المناطق التى يصدر بتحديدها قرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الوزراء » .

وقد ورد هذا التعديل فى نص المادة الأولى من القانون ٧٢ لسنة ١٩٩٦ (١) .

تملك الأجانب للعقارات والأراضى الفضاء بمصر : -

لقد مرت سنوات عديدة علي أستمرار حظر يملك الأجانب للعقارات والأراضى الفضاء داخل الدولة ، وذلك فى العديد من القوانين والقرارات الوزارية المتعاقبة ، ونذكر منها أحكام القانون ٨١ لسنة ١٩٧٦ ، ثم قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١١٣٣ لسنة ١٩٨٨ ، ثم القانون ٥٦ لسنة ١٩٨٨ الذى كان يضع العديد من القيود علي حرية التملك للأجانب ، ولكن إيزاء النهضة الأستثمارية التى تشهدها بلادنا فى الوقت الحاضر ، تدخل المشرع فالغى أحكام القانون ٥٦ لسنة ١٩٨٨ فى شأن خطر تملك الأجانب للعقارات والأراضى الفضاء فى مصر . وبالفعل صدر القانون ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ (٢) وأباح للأجانب هذا التملك بشروط معينة سواء كان الأجنبى شخص طبيعى

(١) نشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ، العدد ١٥ مكرر فى ١٩٩٦/٤/١٦.

(٢) نشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية العدد ٣٧ مكرر فى ١٤ / ٧ / ١٩٩٦ ويعمل به في اليوم التالى لتاريخ النشر .

أم شخص أعتبارى مثل الشركات . وأوضح المشرع الشروط والقيود التى تنظم هذه الملكية ، وقبل العروج الي هذه المعالجة التشريعية لابد أن نعرض لبعض المصطلحات الآتية :-

١ - طريق اكتساب الملكية للأجانب :-

قصر المشرع سبب كسب الملكية للأجانب على أحكام هذا القانون وهو القانون ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦، عدا الميراث ، فهو سبب مستقل . وبذلك يكون المشرع منع كل تحايل علي كسب ملكية الأجانب للأراضى والعقارات داخل الدولة .

٢ - ماهية الملكية الواردة فى عجز أحكام هذا القانون ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ :

لقد حدد المشرع فى المادة ٢/١ من أحكام القانون سالف الذكر أنه يقصد بالتملك فى نطاق أحكام القانون الملكية التامة وملكية الرقبة وحقوق الأنتفاع ، وأنه يقصد بالعقارات المبنية والأراضى الفضاء كافة هذه الأراضى حتى ولو لم تكن خاضعة لضريبة الأطيان والضرائب العقارية علي المبانى .

٣ - وحدد المشرع فى المادة ١ / ٤ من ذات القانون المقصود بالشركة الأجنبية كشخص اعتبارى له التملك طبقاً لأحكام القانون ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ بأن الشركة تكون أجنبية إذا كان لايملك المصريون أغلبية رأس مالها حتى ولو كانت قد أنشئت وأسست طبقاً لأحكام القانون المصرى .

ومن ثم وبعد هذا التحديد الوافى يجب علينا فى مجال البحث التعرض لشروط هذا التملك والقيود التشريعية عليه ثم الجزاء الذى فرضه المشرع على مخالفة أحكام هذا القانون . وسوف نذكر ذلك تفصيلاً على النحو التالى:-

شروط تملك الأجانب العقارات المبنية والأراضى الفضاء فى مصر :

لقد أورد المشرع هذه الشروط فى عجز المادة الثانية من أحكام هذا القانون على النحو التالى : -

١ - أن يكون التملك لعقارين على الأكثر فى جميع أنحاء الجمهورية بقصد السكني الخاصة به وبأسرته وذلك دون إخلال بحق التملك للعقارات اللازمة لمزاولة نشاط خاص مرخص من السلطات المختصة (١) .

٢ - ألا تزيد مساحة كل عقار على أربعة آلاف متر مربع .

٣ - ألا يكون العقار من العقارات المعتبرة أثراً فى تطبيق قانون الآثار ، ولرئيس الوزراء الأستثناء من الشرطين ١ ، ٢ . ولمجلس الوزراء أن يضع شروطا وقواعد خاصة بالتملك فى المناطق السياحية والمجتمعات العمرانية التى يحددها ، وتعفى البعثات الدبلوماسية والمنظمات الدولية والإقليمية من هذه الشروط :

---

(١) يقصد بالأسرة الزوج والزبناء القصر فقط دون البالغين .

القيود التشريعية التى ترد على حق تملك الأجانب للعقارات المبنية والأراضى الفضاء :

١ - عدم جواز التصرف فى هذه الأراضى التى تحكم كسب الملكية لها بأى طريق من طرق التصرف الناقلة للملكية قبل مضى خمس سنوات من تاريخ إكتساب الملكية .

٢ - بدأ البناء على هذه الأراضى خلال مدة لاتجاوز الخمس سنوات التالية لشهر التصرف - وإذا انقضت المدة دون بدأ فى التنفيذ يتم زيادة مدة الحظر بما يساوى مدة التأخير فى البدء فى البناء .

ومما هو جدير بالذكر أن المشرع منح رئيس الوزراء سلطة استثناء بالتصرف قبل مضى خمس سنوات .

٣ - أن المشرع خص مصلحة الشهر العقارى فقط بتنفيذ أحكام هذا القانون ، ولم يجعل الأمر بيد هيئة تعمير الصحارى أو الأدارات التابعة لها . وأنشأ المشرع مكاتب خاصة لطلبات تملك غير المصريين للعقارات المبنية ، أو الأراضى الفضاء . وأوجب إنهاء التسجيل خلال عشرة أيام على الأكثر من تاريخ تمام استيفاء الأوراق المطلوبة . وفوض المشرع وزير العدل بإصدار القرارات التى تنظم عمل هذه المكاتب .

الجزاء على مخالفة أحكام القانون ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ : -

جاء هذا الجزاء فى عجز المادة ٦ من ذات أحكام هذا القانون ، وجعل المشرع البطلان المطلق جزاء لكل تصرف يتم بالمخالفة لأحكام هذا القانون ، وبالتالى عدم جواز شهر هذه التصرفات . وأجاز المشرع لكل ذى مصلحة ، والنيابة العامة طلب الحكم بالبطلان . وأوجب على المحكمة من تلقاء نفسها الحكم به . وقد جاء النص « ... ... يقع باطلاً كل تصرف بالمخالفة لأحكام هذا القانون ، ولايجوز شهره ويجوز لكل ذى شأن وللنيابة العامة طلب الحكم بهذا البطلان ، وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها » .

الفصل الثانى

المبيع

تمهيد :

كثيرا ماتتحدث النصوص القانونية عن الشيء المبيع أو العين المبيعه ويقصد بذلك الشيء أو العين اعتبارها محل الحق المبيع . فالواقع أن البائع انما ينقل الى المشترى حقه على الشيء لاالشيء ذاته . أى أنه ينقل اليه سلطته القانونية على هذا الشيء . تلك السلطة التى تميز المشترى عن السارق .

والحقوق التى تكون محلا للبيع هى الحقوق المالية وحدها سواء كانت حقوق ملكية عقارية أو منقولة أو كانت حقوقا عينية آخرى أو حقوقا شخصية أو أدبية . الا أن غالب الأحوال يكون محل البيع حق ملكية (١).

ولم يرد فى التقنين المدنى الجديد نص خاص يحدد الشروط الواجب توافرها فى المبيع ومن ثم فلا مناص من الرجوع الى القواعد العامة فى هذا الشأن . وباستعراض الأحكام العتمة الوارده فى المواد من ١٣١ ـ ١٣٥ مدنى وكذلك الماده ٢٠٤ مدنى يتضح منها أنه يجب توافر الشروط الآتية فى المبيع :

---

(١) راجع د/ سليمان مرقس المرجع السابق ص١٣١ .

١ – أن يكون موجودا أو قابلا للوجود .

٢ – أن يكون معينا أو قابلا للتعيين .

٣ – أن يجوز التعامل فيه .

٤ – أن يكون مملوكا للبائع .

وسوف نعرض فيما يلى لهذه الشروط كل فى مبحث خاص :

المبحث الأول

أن يكون المبيع موجودا أو قابلا للوجود

يشترط لصحة البيع أن يكون المبيع موجودا وقت البيع أو قابلا للوجود في المستقبل ؛ فاذا بيع منزل على أنه موجود ولم يكن وجد أصلا فان البيع يقع باطلا • واذا بيع بيع منزل على أنه موجود ولم يكن قد وجد أصلا فان البيع يقع باطلا • واذا بيع منزل على أنه موجود وكان هذا المنزل قد وجد ثم تهدم قبل البيع فان العقد يقع باطلا كذلك (١) • وأما اذا بيع منزل على أنه موجود وكان كذلك فعلا ولكنه تهدم بعد البيع وقبل التسليم فان العقد ينعقد صحيحا ولكنه يفسخ •

وما هو الحكم لو هلك المبيع ؟ ذهب أحد الفقهاء الى التفرقة بين حالتين : الأولى : حالة هلاك المبيع كله وقت العقد • والثانية حالة هلاك بعض المبيع وقت العقد (٢).
وسوف نعرض تفصيلاً لهاتين الحالتين فيما يلي :

الحالة الأولى : هلاك المبيع كله وقت العقد :

اذا تعاقد البائع والمشترى على بيع مال معين بذاته كان موجودا ثم تبين فيما بعد أنه كان قد هلك كله قبل العقد فالعقد لاينعقد لانعدام المحل •

---

(١) راجع د/ سمير تناغو المرجع السابق ص٧١ •
(٢) راجع د/ سليمان مرقص المرجع السابق ص١٣٢ •

ويستوى أن يكون الهلاك ماديا أو قانونيا (١).

ويستوى أيضا أن يكون انعدام المبيع وقت العقد مجهولا من الطرفين أو معلوما لهما أو لأحدهما . على أنه اذا كان الهلاك مجهولا من الطرفين فلا يكون لأحدهما مطالبة الآخر بتعويض . وكذلك اذا كان الهلاك معلوما لديهما ولو أن هذه الحالة الأخيرة غير متصورة عملا . أما اذا كان الهلاك معلوما للبائع دون المشترى يلتزم الأول بتعويض الثانى عن الضرر الذى أصابه بسبب بطلان البيع (٢) . ويكونه الأساس القانونى لذلك اما أن يكون على أساس الخطأ فى تكوين العقد أو على أساس المسئولية التقصيرية باعتبار أن البائع الذى يعلم وقت العقد بانعدام المبيع وببطلان البيع يكون فى ترك المشترى يعتقد أنه انما يعقد عقدا صحيحا ينقل اليه ملكية المبيع .

واذا كان الهلاك معلوما للمشترى دون البائع فلا مسئولية على البائع لأنه حسن النيه ولا على المشترى أيضا لأنه ليس مكلفا الاحاطة بحال المبيع وتنبيه مالكه اليها . فلا يكون مسئولا الا اذا ارتكب خطأ بأن قصد خداع البائع وحمله على التعويل على الثمن الذى يستحقه بموجب هذا البيع الباطل فأصاب البائع ضرر بسبب ذلك . واذا كان المشترى مع علمه بانعدام المبيع وقت العقد قد وفى بالثمن عليه فلا يجوز له استرداده لأنه عندما دفعه كان عالما بعدم استحقاقه فلا يسترده الا اذا كان وقت دفعه ناقص الأهلية أو أكره على الوفاء .

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص٥٨ .

(٢) راجع د/ سليمان مرقص المرجع السابق ص١٣٧.

الحالة الثانيـة : هلاك بعض المبيع وقت العقـد .

اذا هلك المبيع هلاكا جزئيا يدور بالخلد عدة تساؤلات يجب أن يوضع لها حلولا . فيثور التساؤل حول ما اذا كان العقد فى هذه الحالة ينعقد اعتمادا على الباقى أولا ينعقد تغليبا لما انعدم . وهل يجوز اجبار المشترى على تفرقة الصفقة ؟ وهل يجوز أيضا قصر المبيع على الجزء المتبقى مع خفض مقابل الثمن ؟ وهل يخوز أن يكون للمشترى خيار فى اتمام الصفقة أو العدول عنها ؟

وفى واقع الامر لم يورد المشرع المصرى حكما فى نصوص التقنين المدنى يعالج هذه الاحوال . ومن ثم فلا مناص من اللجوء الى القواعد العامه التى من مقتضاها . أن السبب التزام المشترى بالثمن المسمى فى العقد هو التزام البائع بتسليمه المبيع كله . فلا يقوم التزام الأول دون الثانى والفرض أن الثانى مستحيل بسبب الهلاك الجزئى فلا ينعقد أو ينعقد باطلا بطلانا مطلقا . (١)

غير أنه يمكن قصر البيع على الباقى من المبيع اذا قبل الطرفان ذلك . ويفترض فى البائع قبوله ولايسمح له بالرفض لأنه ضرر عليه من تجزئة الثمن . أما المشترى فيفترض فيه القبول مالم يثبت أن الباقى من المبيع دون هلاك لايحقق غرضه من الشراء أى أنه ماكان يقبل الشراء أو علم بما حدث من هلاك . والخلاصة من ذلك أننا نكون فى هذه الحالة بصدد مايسمى بقصر العقد . ومؤدى ذلك قصر العقد على الباقى من المبيع دون هلاك أن يأخذ المشترى هذا الباقى بما يقابله من الثمن فقط وأن يرفع عنه مايقابل الجزء الذى هلك .(٢)

(١) راجع د/ سليمان مرقص ،المرجع السابق ص ١٣٨.

(٢) راجع جاك الحكيم ، المرجع السابق بند ١٤٣.

وقد ذهبت بعض الأحكام الى القضاء " أنه اذا ثبت أن جزءا من الأرض المبيعه كان قد سبق صدور مرسوم بنزع ملكيته للمنفعة العامة تعين على البائع أن يرد الى المشترى مايقابل هذا الجزء من الثمن الذى قبضه (١).

ونرى حسما لكل خلاف فى هذا الصدد أن المشترى لايجوز اجباره على تفرقه الصفقة وخصوصا أنه اذا كان المبيع مكتملا محل اعتبار عند التعاقد • ويعطى الخيار للمشترى لاستعمال هذا الحق من عدمه وفقا لما يراه فى صالح اتمام الصفقه أو عدم اتمامها •

حكم بيع الأموال المستقبلة فى ظل التقنين المدنى الجديد

التنظيم التشريعى :

جاء نص الماده ١٣١ مدنى على أنه " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ـ غير أن التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه الا فى الأحوال التى نص عليها القانون ".

ينضح من هذا النص التشريعى أن المشرع وضع قاعدة عامة واستثناء على تلك القاعدة العامة •

---

(١) راجع استئناف مختلط ١٩٣٨/١٢/٢٠ ص٧٢ •

أجاز المشرع فى الفقرة الأولى من النص سالف الذكر على جواز التعامل فى الأموال المستقبلة أيا كان نوع التعامل وأيا كان المال المستقبل (١) ومن أمثلة بيع المال المستقبل بيع البناء قبل اقامته ـ بيع المؤلف قبل تمامه بيع المحصول قبل زراعته (٢).

ولبيع المال المستقبل صور مختلفه (٣) حصرها البعض فى صور ثلاثة هى :

الصورة الأولى :

وتتحقق فى حالة الاتفاق بين البائع والمشترى على بيع مستقبل بسعر الوحدة كما اتفق البائع مع المشترى على بيع محصول القطن الذى سينتج من أرض معينه فى موسم محدد بسعر خمسون جنيها للقنطار٠ فالبيع هنا محدد القيمة بعيدا عن الضرر (٤) ومن حيث التكييف القانونى هى بيع معلق على شرط واقف هو تحقق وجود المبيع فى المستقبل ٠ فاذا تحقق وجوده كله أو بعضه ينتج العقد آثاره بما فى ذلك الالتزام بنقل الملكية بالنسبة الى القدر الذى تحقق وجوده مستنده الى وقت انعقاده ولكن انتقال الملكية الى المشترى لايتم من وقت نشوء الالتزام به عند التعاقد بل من وقت وجود المبيع فحسب (٥).

---

(١) راجع د/ السنهورى الوسيط جزء ١ بند ٢١٧ ٠
(٢) راجع د/ سليمان مرقص المرجع السابق ص١٤٢ ـ
(٣) راجع نقض مدنى ١٩٥٩/١١/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ص٦٤١٠
(٤) راجع استئناف مصر ١٨ أبريل ١٩٤٨ المجموعة ٥٠ رقم ١١٧ ٠
(٥) راجع د/ سليمان مرقص المرجع السابق ص١٤٢ ـ

واذا لم يوجد المبيع كما اذا هلك المحصول بآفة سماوية (الاصابه بدودة ورق القطن) تخلف الشرط الواقف وترتب على تخلفه اعتبار البيع كأن لم يكن فيتحلل البائع من التزامه ولايجب على المشترى شىء من الثمن ولايجوز له مطالبة البائع بأى تعويض • على أنه اذا تحقق وجود المبيع فى المستقبل يقتضى عملا يقوم به البائع ، وجب فى حالة تخلفه ألا يكون ذلك راجعا الى تقصير البائع فى القيام بهذا العمل ، والا وجب عليه تعويض المشترى عن تسببه فى عدم وجود المبيع كما اذا باع المزارع محصولا مستقبلا ثم امتنع عن الزرع •

الصورة الثانية :

يكون فيها الثمن معينا جملة ويتجه فيها قصد العاقدين الى تعليق البيع على شرط وجود المبيع فى المستقبل كبيع ناتج الفحم الرجوع الذى ينتج من قاطرات السكة الحديد فى مدة مستقبلة ومنطقة معينة • أو الاتفاق على بيع شىء تحت الصنع (١) كما هو الحال فى بيع الشقق تحت الانشاء وحكم هذا النوع من البيع معلقا على شرط واقف هو وجود المبيع فى المستقبل مهما كان مقداره ويطلق البعض على هذه الصورة بيع المأمول (٢) فالمشترى هنا يجازف فى قدر المبيع وكميته وليس فى وجوده أو عدم وجوده•

الصورة الثالثة :

يجازف المشترى فى هذه الصورة فى وجود المبيع ذاته والمثال التقليدى

---

(١) أصدر المشرع الفرنسى فى ١٩٦٧/١/٣ القانون الخاص بالعقارات تحت الانشاء واعتبر العقد مختلطا بين البيع والمقاولة •

(٢) راجع د/ مصطفى عبد الحمدى عدوى المرجع السابق ص١١١•

لذلك هو بيع أوراق اليانصيب وبيع الصياد ضربة شبكته فيكون المبيع في هذه الحالة هو مجرد الأمل في الربح أو الصيد . فهذا البيع منجزا ويلتزم المشترى بالثمن الوارد في العقد سواء تحقق الأمل أم لم يتحقق [١] ويشترط لتحقق هذا النوع من البيع أن يكون الأمل في تحقق البيع أو عدم تحققه متروكا لظروف لادخل لأحد العاقدين فيها .والا فمن يتسبب منهما في عدم تحقق هذا الأمل يسأل عن ذلك قبل الطرف الآخر .

الاستثناء على القاعدة العامه :

جاء النص على هذا الاستثناء في الفقرة الثانية من المادة ١٣١ مدنى

"..... الا في الأحوال التي نص عليها في القانون ".

وقد علق بعض الفقهاء على ذلك [٢] بقوله أن المشرع قصد بالأحوال المستثناه التي نص عليها القانون حالة قسمة المورث تركته بين ورثته المنصوص عليها في المادة ٩٠٨ وما بعدها .

وبناء على ذلك يكون بيع التركه المستقبلة باطلا . سواء ورد على كل التركه أو على نصيب فيها أو على مال معين باعتباره عنصرا منها . وسواء صدر البيع من المورث نفسه أو من وارث محتمل . فاذا باع المورث جميع تركته بما في ذلك أموال وديونه الحاضرة والمستقبله وقع باطلا لأن محله

---

(١) راجع نقض مدنى ١٨/١/١٩٤٨ مجلة المحاماه السنة ٣٠ ص١١٣ .

(٢) راجع د/ سليمان مرقص المرجع السابق ص١٤٤ .

تركة مستقبلة • أما اذا باع جميع أمواله وديونه الحاضرة كان البيع صحيحا بشرط ألا يضاف الى مابعد الموت لأن ذلك يجعل محله تركة • واذا باع الوارث المحتمل الى وارث آخر أو الى أجنبى الدار الذى سيرثها من أبيه كان البيع باطلا لأنه وارد على عين تدخل فى تركه مستقبله (١) أما اذا باع الدار ذاتها على زعم أنها مملوكة فهنا يسرى أحكام بيع ملك الغير وليس حكم بيع التركة المستقبلة •

وقد نصت محكمة النقض فى حكم حديث نسبيا لها (٢) " بأن قوانين الارث تتطبق الا على مايخلفه المورث من أموال بعد موته وأن تقييد التصرفات لايكون الا ابتداء من مرض الموت أما قبل ذلك فللمالك كامل الأهلية وحرية التصرف فى ملكه ولو أدى ذلك التصرف الى حرمان ورثته أو تعديل أنصبتهم ولو كان التصرف صادرا لأحد الورثة ما لم يكن التصرف مشوبا بعيب "•

وسوف نعرض تفصيلا لحكم بيع التركه بالتفصيل فى الباب الأخير من هذا المؤلف عند التحدث عن أنواع البيوع •

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٣٤/٦/١٤ مجموعة القواعد القانونية قاعده ١٩٩ .

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٧٣/١٢/١٨ مجموعة الأحكام السنة ٢٤ص٢٨٧ ..

المبحث الثانى

تعيين المبيع

يشترط لانعقاد البيع صحيحا أن يكون المبيع معينا أو قابلا للتعيين ويختلف تطبيق هذا الشرط بحسب ما اذا كان المبيع معينا بالذات أو معينا بالنوع -

تعيين الأشياء المعينة بذاتها
"الأشياء القيمية"

فاذا كان المبيع شيئا معينا بالذات فان طريقة تعيينه تختلف باختلاف ماهيته • فاذا كان المبيع حقا شخصيا كما فى حوالة الحق فان تعيينه يكون بتعيين صاحب الحق • واذا كان حقا من الحقوق الذهنية فان تعيينه يكون بتعيين شخص المؤلف واسم العمل الذهنى ونوعه وسواء كان قد تحقق من قبل أو كان سيتم انجازه مستقبلا • واذا كان المبيع من الحقوق العينية وهو الغالب فى البيع فانه يجب تحديد نوع الحق العينى كما لو كان حق انتفاع مثلا أو حق استعمال أو حق سكنى ويجب تحديد الشئ محل هذا الحق كما لو كان منزلا أو قطعة أرض •

واذا لم يذكر الحق المبيع (١) بل ذكر شئ مادى على أنه الشئ

---

(١) راجع د/ سمير تناغو المرجع السابق ص٧٦ •

المبيع فيكون المقصود بذلك هو حق الملكية على هذا الشيء ، لأن البيع غالبا يرد على شيء مادي بقصد نقل الملكية الى المشترى .

أما الحقوق الآخرى السابق ذكرها فان بيعها ليس هو الفرض الغالب في عقد البيع . وتعيين الشيء المادي يكون عادة عن طريق تحديد صفاته التي تميزه عن غيره تحديدا نافيا للجهالة أي تحديدا صريحا (١).

تعيين الأشياء المعينة بنوعها "الأشياء المثلية"

يقصد بالأشياء المثلية التي تعين بنوعها ، تلك الآشياء التي تحدد بالكيل أو بالوزن أو بالعد . فان تعيينها يكون عن طريق تحديد جنسها ونوعها ومقدارها . ولنضرب مثالا يوضح ذلك . أن يلتزم متعهد بتقديم الغذاء الكافي لاحدى المستشفيات أو المدارس فان تحديد مقدار المبيع في هذه الحالة يتوقف على تحديد عدد أسرة المستشفى أو عدد طلبة المدارس .

واذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاصه من العرف أو أي ظرف آخر من ظروف التعاقد فان المدين يلتزم بأن يسلم شيئا من صنف متوسط حتى لايغبن البائع أو المشترى . غير أن تعيين المحل له صور خاصة في عقد البيع (١)، (٣) أهمها البيع بالعينة ــ البيع بالتجربة ــ البيع بشرط المذاق ــ البيع بالتقدير والبيع الجزاف وسوف نعرض تفصيلا لهذه الصور الخاصة .

(١) راجع نقض مدنى ١٩٧٤/١٠/٣٠ مجموعة القواعد جـ١ ص٣٤٧ .
(٢) راجع د/ سليمان مرقص المرجع السابق ص١٥٠ ود/ سمير تناغو المرجع السابق ص٧٥ .
(٣) راجع د/ سمير تناغو ، المرجع السابق ص٧٦ "للمحل صور خاص في عقد البيع "

(أ) : البيــع بالعينــــة :

نظم المشرع المصرى أحكام البيع بالعينة فى الماده ٤٢٠ مدنى التـــــى نصت على " اذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقا لهـــا ٠ واذا تلفت العينة أو هلكت فى يد أحـد المتعاقدين ولو دون خطأ كـان علـــى المتعاقد بائعا أو مشتريا أن يثبت أن الشىء مطابق للعينــة أو غير مطابق ".

قد يحدث فى العمل أن يتفق المتعاقدان على تعيين درجة جـــودة المبيع بنموذج أو عينة يتفق الطرفان على تسليمها عند التعاقد (١) فتحـــدد بهذه العينة درجة الجودة ويلزم تسليم المبيع من صنف مطابق للعينة (٢) والا كان البائع مخلا بالتزامه ولم يكن له أن يطالب المشترى بأداء الثمن ٠ ويجـوز للمتعاقدين فى هذه الحالة تمييز العينة بعلامــة خاصة تعين ذاتيتها منعـــا للمجادلة (٣).

فاذا لم يفعل وقع على عاتق من يتمسك بعينة أن يثبت أنها هـــى التى تم الاتفاق عليها ٠ فاذا فقدت العينة أو هلكت دون خطأ مـن أحـــد فان كانت قد أودعت لدى المشترى وادعى هذا أن المبيع غير مطابق للعينــــة كان عليه أن يثبت صحة ادعائــه (٤) وان كانت أودعت لدى البائع وادعـــى المشترى عدم مطابقة المبيع للعينة ، كان على البائع أن يثبت مطابقتهـــا ٠

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٥٢/١٠/١٦ مجموعة أحكام النقض ص١١٠٤٠
(٢) راجع نقض مدنى ١٩٤٨/١٢/٩ فهرس آحكام النقض فى ٢٥ عاما ص٣٤٦٠
(٣) راجع نقض مدنى ١٩٥٩/١٠/١٥ مجموعة آحكام النقض السنة ١٠ ص٥٦٧٠
(٤) راجع محكمة الأمور المستعجلة بمحكمة مصر الابتدائية ١٩٤٢/١١/١٨ المجموعة ٤٣ ص٤٠٥ ٠

فاذا ثبت عدم مطابقة الشيء محل التسليم للعينة جاز للمشترى اما أن يرفضه أو يطالب البائع بالتسليم للمبيع مطابقا للعينة مع التعويض عن التأخير أو فسخ العقد مع التعويض عن عدم تنفيذه أو يطالب البائع بالتسليم مع التعويض عن النقص فى الجوده كل ذلك مشروط بعدم اساءة استعمال الحق فى الخيار • فلا يجوز له رفض المبيع وفسخ العقد اذا كان الاختلاف بين العينة ومحل التسليم طفيفا لايؤبه له • فلا يكون له عندئذ الا طلب نقص الثمن بما يقابل ذلك الاختلاف (١).

(ب) : البيع بالتجربة :

جاء تنظيم المشرع لهذا النوع من البيع فى عجز الماده ١/٤٢١ مدنى التى جاء نصها " على أنه فى البيع بشرط التجربة يجوز للمشترى أن يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجربه • فاذا رفض المشترى المبيع وجب أن يعلن الرفض فى المدة المتفق عليها ، فان لم يكن هناك اتفاق على المدة ففى مدة معقولة يعينها البائع ، فان انقضت هذه المدة وسكت المشترى مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا منه ".

ويحدث هذا عادة فى بيع الأشياء التى لايمكن التأكد من صلاحيتها للغرض المقصود منها قبل تجربتها مثل بيع السيارات والالات الموسيقيه والميكانيكية • ويعتبر البيع بشرط التجربة (٢) بيعا معلقا على شرط

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٥٩/١١/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص٦٥١.
(٢) راجع د/ محمد على عمران المرجع السابق ص٧٧ •

واقف هو قبول المبيع الا اذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ ٠

التكييف القانونى للبيع بشرط التجربة وأهميته العملية :

أجاب المشرع صراحة فى الماده ٢/٤٢١ مدنى على التكييف الصحيح لبيع التجربه من ناحية الوصف القانونى له فجاء النص على مايلى " يعتبر البيع بشرط التجربه معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع الا اذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع على شرط فاسخ "٠

فهو بحسب الأصل بيع معلق على شرط واقف ٠ والشرط الواقف هنا هو قبول المشترى المبيع بعد تجربته ٠ فاذا كان المشترى للمبيع مالكا تحت شرط واقف فان البائع يكون أيضا مالكا تحت شرط فاسخ ٠ والشرط الفاسخ بالنسبه للبائع هو قبول المشترى للمبيع بعد تجربته فاذا تحقق الشرط الواقف وقبل المشترى المبيع بعد تجربته فان الملكية تثبت للمشترى من وقت ابرام العقد وليس من تاريخ تحقق الشرط وذلك اعمالا لقاعدة الأثر الرجعى للشرط ٠

واذا ماثبتت الملكيه للمشترى بعد التأكد من صلاحية الشيء لأداء المطلوب منه فان الملكية تزول أيضا عن البائع الذى كان مالكا تحت شرط فاسخ وتزول الملكية هنا أيضا بأثر رجعى (١).

(١) يجمع الفقه المصرى على أن البيع بشرط التجربه هو بيع معلق على شرط واقف ، د/ منصور مصطفى ،المرجع السابق ص٤٩، د/السنهورى المرجع السابق ص٢١٩ فقرة ٧٠ ٠ ، د/ لبيب شنب المرجع السابق فقره ٦٢ ٠ ،د/ البدراوى الوجيز فى عقد البيع فقره ٤٣ ========

الأهميـة العملية لتكييف البيـع بشرط التجربـــة :

تتضح هذه الأهمية خاصة لمعرفة من الذى يتحمل تبعه هلاك الشـيء المبيع بسبب أجنبى فى أثناء فترة التجربة .

فاذا هلك المبيع أثناء فترة التجربة وقبل أن يعلن المشترى الـى البائع قبوله أو رفضه وكان هذا الهلاك بسبب أجنبى لا يـد لأحـد فيـه فان تبعة الهلاك تقع على البائع فهو المالك تحت شرط فاسخ ، كما أنـه يستحيل عليه فى هذا الفرض أن يمكن المشترى من تجربة الشيء بسبـب هلاكـه (١).

ومع ذلك يجوز للمتعاقدين أن يتفقا صراحة على أن يكون البيع بشـرط التجربة معلقا على شرط فاسخ . ويصح أن يكون هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيـا والشرط الفاسخ هنا يكون عدم قبول المشترى للمبيع بعد تجربته فاذا كـان البيع بشرط التجربه معلقا على شرط فاسخ بالنسبة للمشترى فانه يكون معلقـا على شرط واقف بالنسبة للبائـع .

والشرط الواقف والفاسخ واحد فى الحالتين (٢) فاذا تحقق الشـرط الواقف وأعلن المشترى رفضه للمبيع بعد تجربته فان ملكية المشترى تـزول ويعتبر المشترى كأن لم يكن مالكا لهذا الشيء فى وقت من الأوقـات أى أن

=== وفى الفقه الفرنسي :

Planiol ,Ripert et Hamel, op. cit No .211

(١) راجع د/ السنهورى المرجع السابق ص٢١٧ فقرة ٧٠ ومابعدها .

(٢) راجع د/ محمد على عمران المرجع السابق ص٧٧ ـ

الملكية تزول هنا بأثر رجعي • واذا تخلف الشرط الواقف وأعلن المشتـــــرى قبوله للشيء بعد تجربته أو سكت المشترى عن ابداء رغبته فى القبول أو الرفض فى أثناء المدة المتفق عليها لذلك أو فى أثناء المدة المعقولـه التى يقـــــوم البائع بتحديدها فان هذا السكوت يقوم مقام القبول ويتخلفالشرط الواقـــف حكما •

واذا كان البيع بشرط التجربه معلقا على شرط فاسخ وهلك المبيع بسبـب أجنبى فى أثناء فتره التجربه فان تبعــه الهلاك تقع على المشترى لا على البائـع لأن المشترى هو المالك تحت شرط فاسخ ومن ثم فهو الـــذى يتحـمل تبعـــة الهـلاك •

الالتزامات التى تقع على عاتق البائع والمشترى أثناء فترة التجربـه :

متى كان البيع معلقا على شرط التجربه وجب على البائع أن يمكـــــن المشترى من تجربته للشيء المبيع والا كان مخلا بالتزامه • ويتم ذلك عـــادة بتسليم الشيء المبيع الى المشترى حتى يتمكن من تجربته • وللمشترى فى هذا الشأن أن يستعين بذوى الخبرة •

فقد يكون الغرض من التجربه هو التأكد من صلاحية المبيـــع فى ذاتـــه للغرض المقصود منه وقد يكون الغرض هو ملائمة المبيع لاحتياجات المشترى فاذا كان المقصود هو الغرض الأول فلا يكون للمشترى أن ينقض البيع الا اذا كـــان الشيء المبيع لايصلح فى ذاته لاداء الغرض المقصود منه •

وأما اذا كان المقصود هو الغرض الثانى فان المشترى له اذا شــــاء أن ينقض البيع أو يقبله ولامعقب عليه فى هذا الشأن (١).

واذا ثار شك حول تحديد الغرض من التجربه وفقا لما انصرفت اليه ارادة المتعاقدين فالأصل أن الغرض من التحربه هنا هو مناسبة المبيع لاحتياجــات المشترى أو عدم مناسبته وهذا القول يتفق ومايمكن أن تتجه اليه ارادة كــل من البائع والمشترى (٢) فاذا سلم البائع الــى المشتــرى الشــىء المبيــع لتجربته فرفض هذا الأخير أن يجرب الشىء المبيع أو رفض أن يتسلمه ثــم نقض بعد ذلك البيع فللبائع فى هذه الحالة الخيارين المطالبه بالتنفيــذ العينى أو الفسخ مع التعويض اذ أن المشترى برفضه تجربة الشىء المبيــع يكون قــد منع تحــقق الشرط بخطئه • فيعتبــر أن الشــرط قد تحقــق حكما ويصبح البيع باتا ويرتبط به المشترى (٣).

ولايكفى المشترى أن يقوم بتجربه الشىء المبيع بل يجب عليه فضــلا عــن ذلك اذا رفض المبيع بعد تجربته أن يعلن الرفض الى البائع فــى المده المتفــق عليهــا فى العقــد • فاذا لــم يكن هنــاك اتفــاق علــى المــدة علــى هذا النحو ، فللبائــع أن يحــدد المدة المعقوله التــى يجــب على المشترى أن يخطــره فيها برفض المبيع بعد تجربته •

---

(١) مجموعــة الأعمال التحضيرية الجزء الرابع ص٢٦ •

(٢) راجع د/ عبد الفتاح عبد الباقى المرجع السابق فقرة ٣١، د/ منصــور مصطفى المرجع السابق فقره ٤١ ــ

(٣) راجع د/ لبيب شنب المرجع السابق فقرة ٦٣ .

ولمحكمة الموضوع حق الرقابة على مايقرره البائع فى ذلك فاذا انقضت هـذه المـدة سواء تعلق الأمـر بالمدة المتفق عليها بين البائع والمشترى أو بالمـدة المعقوله التى يراها البائع دون أن يعلن المشترى البائع برفضه المبيع بعـد تجربته فان سكوت المشترى يعتبر قبولا ٠

وقد علق بعض الفقهـاء [١] على ذلك بقوله أن سكوت المشترى يعتبر قبولا ويعتبر خروجا على قاعدة أصولية فى الشريعة الأسلامية وهى " لاينسب لساكت قول " ٠

(ج) : البيـع بشرط المـذاق :

نظم المشرع المصرى هذا النوع فى الماده ٤٢٢ مدنى فجاء نصهـا على أنه " اذا بيع الشىء بشرط المذاق كان للمشترى أن يقبل البيع ان شـاء ولكن عليه أن يعلن هذا القبول فى المدة التى يعينها الاتفاق أو العـرف ولاينعقد الا من الوقت الذى يتم فيه هذا الأعـلان "٠ وهذا النوع مـن البيـع ينطبق على بيع الزيوت والخمور والخـل ٠

وبيع أشياء من هذا القبيل يكون بحسب الأصل بيعا بشرط المـذاق مـا لم يتضح من ظـروف العقد أن البيـع قد تم باتا دون حاجـة الـى تـذوق المشترى للمبيع [٢] ومثال ذلك أن يشترى تاجر تجزئة مأكولات مـن

---

(١) رتجع د/ اسماعيل غانم النظرية العامة للالتزام الجزء الأول فقره ٥١ ـ
(٢) راجع د/ سمير تناغو المرجع السابق ص٩٢٠

تاجر جملة ويطلب منه أن يرسلها الى شخص ثالث باعها له تاجر التجزئة ويكون تاجر التجزئة قد اشترط فقط نوع هذه المأكولات من حيث الجودة كأن تكون صنفا جيدا أو متوسطا أو غير ذلك . فهذا العقد يعتبر بيعا باتا وليس بيعا بشرط المذاق .

واذا حدث خلاف بين الطرفين حول درجة جودة الشيء الذى قام البائع بتسليمه فلقاضى الموضوع أن يستعين بالخبراء فى حسم هذا الخلاف

ويختلف البيع بالعينة عن البيع بشرط التجربه فى أن الأول وعدا بالبيع فقط والثانى بيع معلق على شرط فاسخ . فالبيع بشرط المذاق لا ينعقد مطلقا قبل مذاق الشيء . والذى يقوم بالمذاق هو المشترى بنفسه ويجوز له الاستعانه بآخر يأمن الى رأيه (١) ويجب على البائع أن يمكن المشترى من مذاق الشيء . والهدف من هذا المذاق هو أن يتأكد المشترى من أن الشيء مطابق لذوقه ومزاجه الشخصى .

الطبيعة القانونية للبيع بشرط المذاق :

ذهب أغلب الفقه فى فرنسا ومصر (٢) على أن البيع بشرط المذاق هو بيع معلق على شرط واقف أو شرط فاسخ . وعلق على ذلك أستاذنا الدكتور/ أنورسلطان بقوله أنه لامانع من اعتبار البيع بشرط المذاق عقد بيع معلق على شرط واقف ليكون هناك اتساق فى التشريع بين البيع بالمذاق

---

(١) راجع مالورى آنسيكلوبيدى دالوز ج٥ ص٦٤٦ فقرة ٨٠١ .
(٢) راجع د/ السنهورى المرجع السابق ص٤١٣ ، د/ البدراوى ، الوجيز

وبيع التجربه • الا أن هذا القول الأخير لايتفق ونص التشريع في المادة ٤٢٢ مدنى التى نصت " •••••• ولاينعقد البيع ••••••••" فكيف يمكن القول أن البيع بشرط المذاق هو بيع معلق على شرط واقف اذ أنه كان يجب أن يترتب على تحقق الشرط الواقف اعتبار البيع قائما منذ ابرام العقد لامن وقت تحقيق الشرط وهذا لم يقبل به آحد في بيع المذاق •

ومن ثم نذهب مع اتجاه فقهي نراه راجحا في هذا الشأن الى أن البيع بشرط المذاق هو وعد بالبيع ملزم لجانب واحد (١).

ولا يترتب على هذا التكييف القول أنه طالما وعد بالبيع ملزم لجانب واحد عدم وجود أية علاقة بين الواعد (البائع) والموعود له (المشترى) فى الفترة السابقة على تذوق الشيء المبيع •

بل يجب على المشترى أن يتذوق الشيء المبيع اذا مكنه البائع من ذلك والا كان مخلا بالتزامة وجاز الحكم عليه بالتعويض بناء على طلب البائع • ويكون للبائع الحق بدلا من طلب التعويض المطالبة بالتنفيذ العينى فهو الأصل متى كان ذلك ممكننا •

الأهمية العطية لهذا التكييف :

تتضح أهمية هذا التكييف فى حالة هلاك الشيء المبيع • فقبل

---

(١) راجع د/ محمد على عمران المرجع السابق ص٧٩ •

تـذوق الشيء المبيع فان تبعـه الهلاك تقـع على مالكـه وهو هنا البائـــع .
وتقـع تبعـة الهـلاك على البائـع أيضا حتـى اذا كان المشترى قـــد
تذوقـة طالمـا أنه لم يبلغ البائع برغبته فى القبـول . وينطبق ذات الحكـــم
فى حالـة الهـــلاك بسبب أجنبى لا يـد أحـد فيـه .

(د) : البيـع بالتقديـر والبيـع الجزاف :

سبق أن عرضنا تفصيلا لهـذا النـوع من البيـع فـى صور البيـــع
المستقبـل ولا نريـد الا الالمـاح لنبذه قصيـره لآهـم آثـار التفرقــــه
بيَـن البيـع بالتقديـر والبيـع الجزاف بالنسبة لانتقـال الملكيـة وتحمـــل
تبعـة الهـلاك (١)

١ ـ بالنسبـــة لانتقـال الملكيـــة :

فـى البيع بالتقديـر لاتنتقـل الملكيـة بمجرد العقـد بل لابـد مـــن
افراز الشيء المبيع عـن طريق تقديره بالعـــد أو الكيل أو الوزن أو المقاس وغالبا
مايتـم الافراز وقت التسليم فيختلـط كـل منهـا بالآخـر . ومع ذلـك فـــان
الملكيـة تنتقـل بالافراز ولايشترط التسليم لانتقالهـا . فـاذا تـم الافـــراز
وتأخـــر التسليم انتقلـت الملكيـة الـى المشترى . أمـا بيـع الجـــزاف
فهـو كبيع الشـيء المعين بالذات ينقـل الملكيـــة بمجرد العقـد (٢).

---

(١) راجع د/ سمير تناغو المرجع السابق ص٨٤ .
(٢) راجع د/ السنهورى ج٤ ص٢٣٢ فقرة ١٢١ ـ

٢ — بالنسبة لتبعة الهلاك :

ترتبط تبعة الهلاك فى بيع التقدير والجزاف فى التشريع المصرى بالتسليم أو بالاعذار بالتسليم .

فاذا كان البيع جزافا ثم قام البائع باعذار المشترى بتسليم المبيع ولكن المبيع هلك قبل أن يتسلمه المشترى فان المشترى يتحمل تبعه الهلاك . بينما فى حالة البيع بالتقدير وأعذر البائع المشترى بأن يتسلم المبيع ثم هلك المبيع قبل ذلك فان تبعه الهلاك تكون على البائع وليس على المشترى الذى لم تنتقل اليه ملكية ولم يتم له افرازه أو تسليم (١).

---

(١) راجع د/ السنهورى ج٤ ص ٢٣٠ فقرة ١٢٠ .

المبحث الثالث

مشروعية المحل

يجوز أن يرد البيع على أي شيء بشرط ألا يتعارض ذلك مع طبيعة الغاية منه أو مع موجبات النظام العام . فهناك أكثر من سبب يجعل العقد باطلا بعدم امكان التعامل فى المحل .

ونطالع فى هذا الصدد النصوص التالية :

١ – نصت الماده ٨١ مدنى " أن كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق الماليه . والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لايستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهى التى لايجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية ".

٢ – نصت المادة ١٣ مدنى على أنه " اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا ".

يتضح من هذين النصين أن كل شيء يصلح أن يكون محلا لعقد بيع باستثناء مايلى :

أولا : الأشياء الخارجة عن التعامل بحسب طبيعتها المادية :

لاتصلح محلا للبيع الأشياء التى تخرج عن دائرة التعامل بطبيعتها وهى الأشياء التى لايستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها كالشمس والماء والهواء مع ملاحظة أنه اذا أمكن السيطرة أو الحيازة لهذه الأشياء فانه يصبح ملكا لمن قام بذلك ويدخل من ثم فى دائرة التعامل (١).

ومثال ذلك مقادير المياه التى تستولى عليها شركات توزيع وتنقية المياه وتوزيعه للشرب فتصبح هذه المياه ملكا لمن استولى عليها وتدخل فى دائرة التعامل .

وتختلف الأشياء المشتركه عن الأشياء المباحه فى ان الأولى يمكن الانتفاع بها دون الاستئثار بها أو تملكها . أما الثانية فلا يمكن الانتفاع بها دون تملكها ولكنها لم يتملكها أحد بعد ، كالطير فى الهواء والسمك فى البحر والأشياء القديمة التى تخلى عنها أصحابها (٢).

ثانيا : الأشياء التى يقتصر الغاية منها على شخص معين بالذات (٣) :

لاتصلح محلا للبيع الأشياء أو الحقوق المتعلقة بحسب الغاية منها بشخص معين بالذات ، وذلك بحسب نصوص القانون أو ارادة أصحاب

---

(١) راجع د/ منصور مصطفى المرجع السابق فقرة ٢٧ ،د/سليمان مرقس فقرة ٨٠
(٢) راجع د/ السنهورى الوسيط ج١ فقرة ٢٠٧ .
(٣) راجع د/ سمير تناغو المرجع السابق ص٩٦ .

الشأن ومن هذا القبيل حق الاستعمال وحق السكنى فهو بحسب نص القانون لايجوز بيعه للغير وقد جاء النص على ذلك فى الماده ٩٧٧ مدنى " لايجوز النزول عن حق الاستعمال أو السكنى الا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى ".

وقد يكون عدم جواز التصرف (١) فى الشيء راجعا الى ارادة أصحاب الشأن كما لو اقترن عقد هبه أو الوصية بشرط مانع من التصرف وهو شرط صحيح اذا كان قائما على باعث مشروع وكان لمدة معقولة . وقد تناول ذلك تفصيلا نص المادتين ٨٢٣ ، ٨٢٤ مدنى ولامجال هنا لدراسة الشرط المانع من التصرف لأنه يدخل فى دراسة حق الملكية .

ثالثا : الأشياء الخارجة عن التعامل بنص القانون :

لايصلح محلا للبيع الشيء الذى ينص القانون على تخصيصه لغرض معين كالمنفعة العامة مثلا وعلى هذا النحو فان الاملاك العامه لايجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم طبقا لنص الماده ٢/٨٧ مدنى (٢م) ولكن اذا زال تخصيص المال العام فانه يتحول الى مال مملوك للدولة ملكية خاصة ويصبح من الجائز التصرف فيه . وقد قضت

---

(١) راجع د/ سمير تناغو المرجع السابق ص٩٨.

(٢) راجع د/ سمير تناغو القرار الادارى مصدر الحق عام ١٩٧٢ ص٧٤"ويرى أن حظر بيع المال العام ليس مطلقا بل يجوز انتقال المال العام بين أشخاص القانون العام بموجب قرار ادارى ".

محكمة النقض فى حكم حديث نسبيا لها (١) " أن بيع أملاك الحكومه الخاصة الأصل فيه أن يكون بالمزاد العلنى بواسطة مظاريف مختومة مع أباحة البيع بالممارسة فى حالات استثنائية ، وحظر البيع للموظفين بالذات أو بالواسطة الا فى الحالات الواردة بالمادة الثانيه من لائحة بيع أملاك الحكومة ".

رابعا : الاشياء الخارجة عن التعامل لمخالفتها للنظام العام :

جاء النص على ذلك فى المادة ١٣٥ مدنى " اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا ".

مقتضى بطلان العقد هنا أن الشئ محل الالتزام (المعقود عليه) خارجا عن التعامل . وحالات المخالفة للنظام العام لاتقع تحت حصر فقد ورد فى التشريع النص على بعض هذه الاحوال والبعض الآخر تركه المشرع للقاضى المنوط به تطبيق هذه الفكرة المرنة على الاتجاه السائد فى المجتمع بالنسبة لكل تصرف على حده (٢).

ومن الحالات التى نص المشرع عليها بنصوص خاصة تحريم الاتجار فى المخدارات وتحريم التعامل فى تركة مستقبلية وتحريم الربا الفاحش.
وهناك تطبيقات لم يرد بشأنها نصوص بل اقتضتها غايات المجتمع وهى لاتقع تحت حصر . مثل عدم جواز التعامل فى الحقوق اللصيقة بالشخصية فلا يجوز للناخب النزول عن بيع صوته الانتخابى . ولايجوز للشخص أن يبيع جزءا

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٨٤/١٢/٩ مجموعة أحكام النقض المدنى جا ص ٣٦٩ رقم ١٥٠.

(٢) راجع د/ حسن كيره ،فكرة النظام العام المدخل لدراسة القانون عام ١٩٦٩، ص ٤٣.

من جسمه [١] ولايجوز للموظف أن يبيع وظيفته ولايجوز للشخص أن يتصرف فى أبوته أو أسمه أو جنسيته والي غير ذلك .

حكم بيع العملاء :

نصت المادة الأولى من القانون ١١ لسنة ١٩٤٠ فى شأن بيع المحال التجارية ورهنها على أنه " يجب أن يحدد فى عقد البيع ثمن مقومات المحل التجارى غير الماديه والمهمات والبضائع كل منها على حده .

وقد أوضحت المذكرة الايضاحيه لهذا القانون أن مقومات المحل التجارى غير الماديه هى العنوان والاسم التجارى والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والرخص وبراءات الاختراع ..... الخ .

يؤخذ من هذا الايضاح أن صلة المحل التجارى بعملائه يرد عليها البيع ولكن يلاحظ أنه لايرد عليها الا تبعا للمحل التجارى باعتبارها من المقومات غير الماديه ولايجوز بيعها على استقلال .

ونحن نؤيد ماذهب اليه أستاذنا الدكتور / سليمان مرقص [٢] من أن الصلة بالعملاء تدخل فى البيع لا باعتبارها حقا قائما بذاته ولكن باعتبارها ميزة من مزايا المبيع يضمنها البائع فلا يجوز له القيام بأى عمل من شأنه أن يفوت هذه الميزه على المشترى . وقد شايعت محكمة النقض هذا الاتجاه

---

(١) راجع بحثنا "مشروعية التصرف فى جسم آدمى "مجلة المحاماه العدد الثالث والعشرون عام ١٩٩٠ص١١٢

(٢) راجع د/ سليمان مرقص ،المرجع السابق ،ص ١٥٥ .

الأخير فى أحد أحكامها وقضت [١] " أن ضمان البائع المترتب على بيع المتجر يلزم البائع بعدم التعرض للمشترى وكذلك عدم المنافسه فى شتى صورها ومنها حظر التعامل مع العملاء .

ويعترف القضاء الفرنسى بأن العملاء لهم قيمة مالية ولكنه لايجعل انتقالهم الى المشترى ناشئا عن عقد البيع ذاته ولكن من عقد مرتبط بعقد البيع يلتزم فيه البائع بأن يقدم المشترى الى عملائه ويعرفه بهم .

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٦٢/٦/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ ، ص ٢٩١ .

المبحث الرابع

ملكية البائع للمبيع

تمهيد :

حتى ينعقد البيع صحيحا منتجا لآثاره لايكفى أن يتوافر لدى البائع والمشترى الأهليه اللازمة لابرامه • وأن تتوافر الشروط الخاصة بالمحل من وجود ومشروعية للمحل ، بل يجب أن يكون البائع مالكا للشيء المبيع حتى يترتب على عقد البيع آثاره وخصوصا مايتعلق منها بنقل الملكية من البائع الى المشترى فيجب اذن أن يكون البائع مالكا للشيء المبيع سواء كان المبيع منقولا أو عقارا • وسواء سجل العقد أم لم يسجل فاذا لم يكن البائع مالكا لما يبيع فان البيع يكون قابلا للابطال لمصلحة المشترى (١) •

الا أن جانبا من الفقه يذهب عكس ماتقدم ويرى (٢) أن المشرع اشترط ملكية البائع للمبيع فى حالة بيع الشيء المعين بالذات سواء كان منقولا أو عقارا استنادا الى ظاهرة نص المادة ٤٦٦ مدنى ولاينطبق على هذا الشرط اذا كان المبيع من المثليات لأن بيع المثليات ينشيء التزاما ينقل حق عينى على شيء لم يعين الا بنوعه • فهو اذن ليس بيعا ناقلا للملك بذاته فلا تتوافر فيه حكمة اشتراط ملكية البائع للمبيع وقت العقد •

الا أننا نذهب مع الاتجاه الأول فهو الذى يتسق مع الاعتبارات العملية ويحقق الاستقرار فى التعامل •

---

(١) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ص ١٠٨

(٢) راجع د/ سليمان مرقص ، المرجع السابق ص ١٥٧ـ١٥٨ •

وقد رسم المشرع أحكاما معينه لمعالجة من يبيع شئ غير مملوك لـه في المادة ٤٤٦ مدني في **خصوص أحكام بيع ملك الغير** .

التنظيم التشريعي لأحكام بيع ملك الغير :

نصت المادة ٤٦٦ مدني على أنه " اذا باع شخص شئ معينا بالذات وهو لايملكه جاز للمشتري أن يطلب ابطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل العقد أو لم يسجل .

يتضح من هذا النص أن المشرع أوجب توافر شروطا معينه لاعمال هذا النص (١) :

١ - **أن يكون الغرض من التصرف هو نقل الملكية من البائع الى المشترى** في مقابل ثمن نقدي . فيجب أن تتجه ارادة كل من البائع والمشتري الى نقل الملكية . **والى أن يكون العقد بيعا لاوعدا بالبيع فاذا لم** يكن العقد بيعا فانه لايمكن تطبيق الأحكام الخاصه ببيع ملك الغير.

٢ - آلا يكون المبيع مملوكا لا للبائع ولا المشترى : فاذا كان المبيع مملوكا للبائع ولو اعتقد خطأ أنه ليس مملوكا له وقت ان آقدم على بيعه فلا يمكن اعمال حكم بيع ملك الغير . ويقع نفس الحكم أيضا اذا كان المبيع مملوكا للمشترى اذ لامجال في هذه الحالة لتطبيق أحكام بيع ملك الغير .

---

(١) راجع بصفه عامه : بيع ملك الغير السنهوري ، الوسيط جـ٤ فقرة ١٥٢ ، د/ جميل الشرقاوي ، المرجع السابق فقرة ٤٩ ، د/ محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ص ١١٨

٣ - يجب أن يكون المبيع مال معين بالذات : لايكفى أن تتجه الارادة الى ابرام البيع وانما لابد أن ينصب على مال معين بالذات فاذا كان المبيع معينا بالنوع ولو لم يكن مملوكا للبائع وقت اجراء البيـــع فلا يقـــع البيع فى هذه الحالة قابلا للابطال لمصلحة المشترى • اذ أن البائـــع يلتزم فى هذا الفرض بأن ينقل الملكية للمشترى • وعلى أى الأحـــوال فان الملكية لاتنتقل من البائع الى المشترى فى الأشياء المعينه بنوعهـا الا بعد الافراز حتى ولـــو كان المبيع مملوكا للبائع •

آثـــار بيع ملك الغـــــير :

اذا انصب البيع على مال غير مملوك للبائع فانه يرتب آثارا بين كـــل من البائع والمشترى • ولاينفذ فى مواجهـــة المالك الحقيقى الا باقراره وسنعـــرض فيما يلى لهـــذه الآثار •

أولا : الآثـــار فيما بين البائع والمشـــترى ؟

اعمالا لصريح نص المادة ٤٦٦ مدنى يقع هذا البيع قابلا للابطال لمصلحة المشترى • والأصل العام فى القواعد العامه أن العقود القابلة للابطال تظـــل صحيحة ومنتجه لاثارها [(١)] الى أن يقضى ببطلانهـا • فاذا قضى بالبطـــــلان وجب اعادة المتعاقدين الى نفس الحالة التى كانا عليها قبل اتمام العقـــــــد • وأما عن الفترة السابقة للبطلان فان البيع يظل منتجا لآثاره • فيلتـــــزم البائع بنقل الملكية الى المشترى • كما يلتزم بضمان التعرض والاستحقـــــاق •

---

(١) راجع د/ جمال زكـي ، مصادر الالتزام جزء ١ ص ١٥٨ •

ويلتزم المشترى بالوفاء بالثمن وان كان ذلك لايمنعه من حبسه عن البائع متى تبين له أن البائع ليس مالكا للشيء المبيع (١).

ويقع بيع ملك الغير قابلا للابطال لمصلحة المشترى سواء كان البيع واردا على منقول أو عقار سجل العقد أو لم يسجل ـ فالتسجيل لايصحح عقدا باطلا أو قابلا للابطال (٢) ويثبت الحق فى المطالبة بالابطال للمشترى دون البائع فليس للبائع أن يطالب بالبطلان تأسيسا على الأحكام الخاصة ببيع ملك الغير ولو لم يكن عالما أنه غير مالك للشيء المبيع (٣). ولكن يثور التساؤل عن مدى اشتراط حسن نية المشترى فى حالة تمسكه ببطلان بيع ملك الغير. يذهب الرأى الراجح فى مصر وفرنسا (٤) الى القول بأن المشترى له الحق فى المطالبة بالابطال اذا كان البيع واردا على ملك الغير دون اشتراط كونه حسن النيه لأن المشرع لم ينص صراحة على ذلك عندما اشترط حسن النيه للمشترى عند مطالبته للبائع بالتعويض عن الضرر الذى يصيبه لورود البيع على مال غير مملوك للبائع فى نص المادة ٤٦٨ مدنى . وللمشترى التمسك بالبطلان قبل

---

(١) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ص ١١١.

(٢) راجع د/ منصور مصطفى ، المرجع السابق ص ١١٤، د/ لبيب شنب ، د/ مجدى صبحى ، المرجع السابق فقرة ٥١ ص ٨٤"ويرى هذا الجانب من الفقه المصرى أنه اذا توافرت فى البائع شروط التمسك بالغلط فانه له طلب ابطال البيع على هذا الاساس وليس على حكم بيع ملك الغير"

(٣) عكس ذلك نقض مدنى ١٩٦٣/٣/١٤ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٤ ص ٢٩٨، رقم ٤٥.

(٤) راجع السنهورى الوسيط جـ٤ فقرة ١٦١، د/مصطفى منصور ، المرجع السابق ص ١١٤ .

أن يتعرض له المالك الحقيقى • وهذا الحكم هو الذى يعتبر بمثابة ميـــزة جوهرية يختص بها المشترى اذا كان البيع قد ورد على مال ليس مملوكا للبائع [١]

الطبيعة القانونية لبطلان بيع ملك الغيـر وأساسه :

تعتبر هذه المسألة من أكثر المسائل التى أثارت جدلا كبيرا فى الفقـــه الفرنسى والمصرى • فذهب جانب من الشراح [٢] الى أن بيع ملك الغير يقـــع صحيحا وان لم يترتب عليه نقل الملكية من البائع الى المشترى وكل مافى الأمــر اذا لم يتمكن البائع من نقل الملكية الى المشترى جـاز لهذا الأخـير أن يطالب بالفسخ لاخلال البائع بالتزام من التزاماته الناشـئة عن البيع ألا وهو نقل الملكية وللمشترى المطالبة بالفسخ فى هذه الحالة سواء كان البائع حسن النيه أم سـىء النيه • الا أن هذا الاتجاه منتقـد من زاويتين الأولى : أنه يخرج عن مدلول نص المادة ٤٦٦ مدنى التى لم ترتب الفسخ كجـزاء لورود البيع على ملك الغيـر وانما رتب النص أن المشترى له التمسك بالابطال • والثانية : أن البيع لـم يصبح فقـط منشئا للالتزامات على عاتق البائع ومن بينها الالتزام بنقل الملكيـة بـل صار فى حـد ذاته ناقلا للملكية كما هو الشأن بالنسبة الى البيع الوارد على منقول اذ أنه يترتب عليه نقل الملكية فور ابرام العقد (اذا كان المنقول معينـا بالذات ومملوكا للبائع) [٣] .

---

(١) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ص١١٣ ومابعدها•

(٢) راجع د/ جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ص ١٠٧ فقرة ٤١،
Planiol , Ripert. t.x, op .cit.. No 48.

(٣) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ص ١١٤•
Aubry et Rau , op . cit., No. 351

بينما ذهب جانب آخر [١] الى أن بيع الغير يقع باطلا بطلانا مطلقا والسبب فى البطلان قد يرجع الى انعدام السبب أو استحالة المحل ويعيب هذا الرأى أنه يتعارض مع الأحكام المنصوص عليها فى التقنين المدنى والخاص ببيع ملك الغير • وآية ذلك من عدة أوجه :

الوجه الأول : أنه يتعارض صراحة ومانص عليه المشرع فى المادة ٤٦٦ مدنى • من قصر الابطال على المشترى فقط دون غيره • لأن تطبيق أحكام البطلان المطلق فيه أجازة لكل ذى مصلحة الحق فى المطالبة بالبطلان •

الوجه الثانى : تعارضه أيضا مع نص المادة ٤٦٧ مدنى التى تجيز فى حالة اقرار المالك للبيع ينقلب صحيحا فى حق المشترى أو اذا آلت الملكية للبائع بعد صدور العقد • فالعقد الباطل بطلانا مطلقا لاتصححه أجازة أو اقرار•

الوجه الثالث : أن البائع يستطيع أن يلتزم بنقل ملكية شيء غير مملوك له ثم يحصل بعد ذلك على ملكيته فينفذ الالتزام • ولايمكن القول بانعدام السبب • ولايعتبر المحل فى هذا الخصوص مستحيلا بالمعنى الذى يترتب عليه بطلان الالتزام • فالاستحالة هنا نسبية لامطلقة فلا يمكن القول مع هذا كله بأن بيع ملك الغير يقع باطلا بطلانا مطلقا ، وفى خضم هذا الخلاف ذهب جانب كبير فى الفقة والقضاء الفرنسى والمصرى [٢] الى أن بيع ملك الغير لايقع باطلا بطلانا مطلقا بل هو باطل بطلانا نسبيا • فالبطلان مقرر فيه بحسب

---

(١) وفى رفض الأخذ بالبطلان المطلق كأساس لبطلان بيع ملك الغير السنهورى ، المرجع السابق ص ٢٧٦ ، د/لبيب شنب ،د/مجدى خليل ،المرجع السابق فقرة ١١•

(٢) راجع نقض مدنى فرنسى ١٩٥٨/٧/١٧ ،ونقض مدنى مصرى ١٩٤٤/٦/٨مجموعة النقض فى ٢٥ عاما الطعن ١١٢ص١٣٤•

الأصل للمشترى دون غيره ويرجع هذا البطلان النسبى الى أما لغلط فى شخص البائع أو لغلط فى الشئ المبيع نفسه .

فقد يتوهم المشترى أن البائع مالك للمبيع ، ولاشك أن مثل هذا الغلط يعتبر واردا على صفة جوهرية من صفات الشئ ، وبالتالى فلمن كان واقعا فى هذا الغلط (المشترى) الحق فى المطالبة بالبطلان .

ولقد ذهب جانب من الفقه الفرنسى الى القول (١) أن دعوى بطلان بيع ملك الغير ليست الا دعوى ضمان الاستحقاق يسبق المشترى الى رفعها قبل أن يتعرض له المالك الحقيقى . الا أن هذا القول غير صحيح أيضا لانه لو كان الامر كذلك لوجب أن تكون مدة التقادم ثلاثين سنة لاعشر سنوات كما هو الحال فى القانون الفرنسى (٢) .

تحول العقد كأساس لطبيعة بطلان بيع الملك الغير :

يذهب أحد الفقهاء (٣) الى القول بأن بيع ملك الغير يقع باطلا بطلانا مطلقا لاستحالة المحل فى الظروف الخارجية المحيطة بالبائع .

ويبرر الاستحالة المطلقة التى تستتبع هذا البطلان المطلق بأنها ليست استحالة الأمر على الكافة وانما الاستحالة فى ظروف معينه هى الظروف المحيطة بالمدين . ويضرب أمثلة لهذه الظروف "ويعتبر من الظروف المحيطة ببائع ملك الغير كونه غير مالك المبيع .

(١)
(٢) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ص ١١٦.
(٣) راجع د/ سليمان مرقص ، الوافى فى شرح العقود المسماه ،المجلد الأول عام ١٩٩٠ ص ٧١٢ ومابعدها .

ومما لاشك فيه أن الرجل المعتاد يستحيل عليه اذا كان غير مالك لشيء معين أن ينقل ملكيته الى غيره ، فيعتبر محل التزام بائع ملك الغير بنقل ملكية المبيع فور العقد مستحيلا استحالة مطلقة يترتب عليها بطلان العقد بطلانا مطلقا . ويكمل صاحب هذا الاتجاه نظرية البطلان المطلق كأساس للبطلان المترتب على بيع ملك الغير بنظرية تحول العقد على النحو الوارد فى المادة ١٤٤ مدنى . وبيان ذلك تحول البيع الوارد على مال غير مملوك للبائع من عقد ناقل للملكية فور انعقاده الى بيع منشيء للالتزامات فقط ومن بينها الالتزام بنقل الملكية متى ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف الى ذلك لو علما أن العقد الأول لايمكن انعقاده بسبب عدم ملكية البائع للمبيع . وقد فرض المشرع وفقا لهذا الرأى انصراف نية البائع المحتملة الى تحقيق هذا المعنى . وأما بالنسبة للمشترى فان نيته يفترض فيها أيضا أنها انصرفت الى ذلك .

غير أن هذا الاتجاه لم يسلم من النقد . فقد علق بعض الفقهاء على ذلك بقوله (١) أن ماذهب اليه هذا الاتجاه محل نظر فهو يتعارض مع نص المادة ٤٦٦ مدنى فلو كان بيع ملك الغير باطلا بطلانا مطلقا لما كان المشترى وحده له التمسك ببطلان هذا البيع دون غيره .

ومن جهة أخرى أن الاستحالة التى تحيط بالمدين وفقا لما انتهى اليه هذا الاتجاه هى المقصود ، هنا فهذه الاستحالة نسبية وليست مطلقة .

والصحيح وفقا لما ذهب اليه جانب آخر من الفقة فى مصر أن عدم ملكية البائع للمبيع لاتجعل نقل الملكية مستحيلا فى ذاته . بل أن الاستحالة فى

---

(١) اجع د/ محمد عمران ، المرجع السابق ص ١١٨ .

هذاالفرض نسبية فقط ، فقد يتملك البائع الشيء المبيع بعد ابرام العقد ولايكون للمشترى بعد ذلك أن يتمسك بالبطلان [(١)] ويضاف الى ذلك أنه يجب للقول بتحول العقد انصراف نية المتعاقدين الى ذلك لا أن تنصرف الى ذلك النية المحتملة للبائع فقط .

وهذا هو لم يقل به أصحاب هذا الرأى لما يترتب عليه من مخالفة صريحة للأحكام الخاصة ببيع ملك الغير [(٢)].

الاتجاه الراجع " بطلان بيع ملك الغير بطلان من نوع خاص أنشأه القانون "

في واقع الأمر لايعتبر بيع ملك الغير باطلا بطلانا مطلقا ، كما لايمكن التسليم بما ذهب اليه البعض من الفقهاء من أن هذا العقد الذى يقع في بدايته باطلا بطلانا مطلقا يتحول الى عقد آخر وفقا لنظرية تحول العقد . بل الصحيح وفقا لما يذهب اليه رأى آخر في الفقه في مصر وفي فرنسا أن بيع ملك الغير يقع باطلا لمصلحة المشترى ، ويسقط حق المشترى في المطالبة بالابطال اذا أجاز العقد ومع ذلك فان هذا العقد رغم أجازته لايسرى في مواجهة المالك الحقيقي للعين المبيعه .

---

(١) راجع د/ منصور مصطفى ، المرجع السابق ص ١١٣" أنه يكفى الرد على القائلين بأن الاستحالة فى هذا الخصوص مطلقة أنه اذا فرضنا أن شخصا معسرا التزام بأداء لايستطيع الرجل العادى لو كان معسرا أن يؤديه . فهل يقال أن الالتزام مستحيل".

(٢) راجع السنهورى ، المرجع السابق فقرة ١٥٦.

ولايعتبر البطلان المنصوص عليه فى المادة ٤٦٦ مدنى تطبيقا للقواعد العامة فلا يكون العقد قابلا للابطال فى القواعد العامه الا لنقص أهلية أى من المتعاقدين أو لعيب من عيوب الارادة المنصوص عليها فى القانون (الغلط ــ التدليس ــ الاكراه ــ الاستغلال) •

ولايمكن القول بتوافر أى من هذه العيوب متى كان البيع واردا على ملك الغير • ولايسعنا أيضا الاستناد الى نظرية الغلط كعيب من عيوب الارادة حتى يمكن بعد ذلك القول بأن البطلان المنصوص عليه فى المادة ٤٤٦ مدنى ليس سوى تطبيقا للقواعد العامه • ولو كان الأمر كذلك مما أجزنا للمشترى أن يطلب البطلان حتى ولو كان عالما بعدم ملكية البائع للمال المبيع •

أى أن للمشترى أن يطالب طبقا لأحكام بيع ملك الغير ولو لم يكن واقعا فى غلط •

فالعلة اذن فى كون بيع ملك الغير يقعقابلا للابطال لمصلحة المشترى هى منافاه هذا العقد لمضمون عقد البيع وجوهرة • ولقد بدا هذا القول واضحا بعد أن أصبح البيع فى حد ذاته ناقلا للملكية ، كما هو الحال اذا كان البيع واردا على منقول معين بالذات لامنشئا فقط لمجموعة من الالتزامات ومن بينها الالتزام بنقل الملكية •

واذا كانت العلة فى تقرير قابلية البيع الذى يرد على شىء مملوك للغير قابلا للابطال لمصلحة المشترى هى منافاة هذا العقد لطبيعة عقد البيع نفسها ، الا أن العلة وحدها لاتكفى لتقرير البطلان في هذه الحالة • فكان لابد وأن يتدخل المشرع للنص على البطلان ، فليس البطلان مستمدا من القواعد العامه ، بل هو بطلان من نوع خاص أنشأه المشرع بنص صريح

واستند في اشنائه الى علة معقولة [١].

حق المشترى في المطالبة بالتعويض

نص المشرع المصرى على هذا الحق في المادة ٤٦٨ مدنى التي جاء نصها " اذا حكم للمشترى بابطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية " .

يتضح من هذا النص أنه لايشترط لاعمال هذا الحكم سوى أن يكون المشترى حسن النية . فلو كان المشترى عالما بعدم الملكية للبائع فلا يحقق له المطالبة بالتعويض وفقا لهذا النص . ولايشترط للحكم على البائع بالتعويض أن يكون سيء النيه أى أن يكون عالما بعدم ملكيته لما يبيع ، بل أنه يكون من حق المشترى مطالبة البائع بالتعويض حتى ولو كان هذا الأخير حسن النيه .

وقد يثور تساؤل في هذا الصدد عن الأساس القانوني عن مطالبة المشترى للبائع بالتعويض حتى ولو كان حسن النيه ؟ .

يذهب جانب من الفقه المصرى الى التفرقة بين البائع حسن النيه والبائع سيء النيه [٢] ففي الحالة الأولى لاينسب اليه خطأ فليس في سلوكه انحراف عن سلوك الرجل العادى ومع ذلك فانه يلتزم بتعويض المشترى عما أصابه من ضرر وفقا لصريح نص المادة ٤٦٨ مدنى .

---

(١) السنهورى ، المرجع السابق ، فقرة ١٥٨.
Planiol , Ripert et Hamel , op .cit., No.48

(٢) عكس ذلك د/ لبيب شنب ،د/مجدى خليل ، المرجع السابق فقرة ٣٥.

ويؤسس الالتزام بالتعويض هنا على فكرة الخطأ فى تكوين العقد [١]
ويقتصر التعويض الذى يحكم به المشترى على ما أصابه من ضرر نتيجة توهمه صحة العقد أى أن التعويض يقف عند المصلحة السلبية ولايتعداه الى مايسمى بالمصلحة الايجابية [٢] . أما اذا كان البائع سىء النية ، فانه يلتزم من باب أولى بتعويض البائع وفقا للقواعد العامه فى المسئولية التقصيرية
ويرى جانب آخر من الفقه المصرى أنه لايكفى أن يقال أن بيع ملك الغير يعتبر بذاته فى نظر المشرع خطأ تقصيريا يوجب التعويض وأنه لامناص من التسليم بأن الماده ٤٦٨ مدنى يتضمن تطبيقا من تطبيقات نظرية الخطأ فى تكوين العقد [٣] .

سقوط حق المشترى بالمطالبة بالابطال :

يسقط حق المشترى فى المطالبه بالابطال فى الأحوال الآتية :

(أ) الاجازه (ب) التقادم (ج) اقرار المالك الحقيقى

(د) تملك البائع للمبيع بعد العقد .

وسوف نعرض لهذه الأحوال تفصيلا فيما يلى :

---

(١) يقصد بالخطأ فى تكوين العقد ألا يكون هناك سببا للبطلان قبل التعاقد (راجع تفصيلا الالتزام قبل التعاقدى د/ نزيه المهدى ص٢١٨) .

(٢) راجع د/ اسماعيل غانم مصادر الالتزام ١٩٦٦ ص٢٩٢.

(٣) راجع د/ اسماعيل غانم ، الوجيز فى عقد البيع ص٢٩ ، مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٤ ص١٩٣ .

(أ) : الاجـــازة :

يسقـط حـق المشترى فى المطالبه بالابطال بالاجازة • ولاتنتـج الاجـازة أثرها الا اذا كانت صادره مـن المشترى بعد علمه بسبب القابليـة للابطال أى بعد علمه بأن المبيع غير مملوك للبائع • وكما تكون الاجـازة صريحـة فانها تكون ضمنية • ومثال الاجازة الضمنية أن يقرر المشترى حقوقـا للغير على المبيع بعد علمه بعدم ملكية من باعه له ، اذ أن ذلك يستفـاد منـه تنازله عن التمسك بالبطلان (١) •

(ب) : التقـادم :

كما يسقط حق المشترى بالاجازه فهو يسقط أيضا بالتقادم • ومدة التقادم ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة • وتبدأ مدة الثلاث سنوات من اليوم الـذى يعلم فيه المشترى بعدم ملكية البائع • وعلى ذلك فان حق المشترى فـى التمسك بالابطال يسقط اذا لم يتمسك به صاحبه فى خـلال ثـلاث سنـوات تبدأ من اليوم الذى يعلم فيه أن البائع غير مالك لما باع • كما يسقـط حق المشترى فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الـذى يتم فيـه ابرام العقد ، فالعبـرة اذن تكون بأى المدتين أقصر • وليـس هـذا سوى قياسا على باقى حالات الابطال المنصوص عليها فى المـاده ١٤٠ مدنى (٢) •

---

(١) راجع د/السنهورى المرجع السابق فقره ١٦٣ ، د/جميل الشرقاوى المرجـع السابق فقره ٤٠ ود/لبيب شنب ود/مجدى خليل المرجع السابق ص١١٢ فقرة ٥٢ •

(٢) راجع د/منصور مصطفى، المرجع السابق ص٢٥٠ ، د/جميل الشرقاوى المرجـع السابق فقرة ٤٠ عكس ذلك د/ سليمان مرقص عقد البيع ١٩٩٠ ص١٩٢ "يرى سريان مدة التقادم فى كل الأحوال من وقت ابرام العقد" •

ولايترتب على اجازة المشترى للبيع الوارد على ملك الغير ولا على سقوط حق المشترى فى التمسك بالبطلان أثر بالنسبه للمالك الحقيقى ويعتبر ذلك تطبيق لما ورد فى نص المادة ٢/٤٦٦ مدنى ٠

(ج) : اقرار المالك الحقيقى :

نصت على ذلك الماده ١/٤٦٧ مدنى " اذا أقر المالك البيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحا فى حق المشترى ... "٠ فليس للمشترى بعد ذلك أن يتمسك بالابطال حيث لامصلحة له فى هذا التمسك ٠ فاذا سقط حق المشترى فى المطالبة بالابطال بالاجازة فانه يسقط أيضا بالاقرار الصادر من المالك الحقيقى ٠ بل أن للاقرار أثر يفوق الاجازة ٠ فلا يترتب على الاجازة كما سبق أن ذكرنا سوى سقوط حق المشترى فى طلب الابطال ويظل العقد مع ذلك غير نافذ فى مواجهة المالك الحقيقى وأما الاقرار فيترتب عليه الأثرين معا ، ففيه يسقط حق المشترى فى المطالبة بالابطال وبه أيضا يصبح العقد نافذا فى مواجهة المالك الحقيقى ٠

(د) : تملك البائع للمبيع بعد العقد :

اذا آلت الملكية للشيء المبيع الى البائع ، فليس هناك مصلحة للمشترى بعد ذلك فى التمسك بالابطال نظرا لزوال العائق الذى كان يحول دون انتقال الملية اليه ٠

وقد ذهب البعض الى القول (١) بأنه حتى يسقط حق المشترى في المطالبة بالابطال باقرار المالك أو بتملك البائع للمبيع مشروط بألا يكون المشترى قد رفع دعوى الابطال قبل أن يتحقق أى من هذين الأمرين وأما اذا كان المشترى قد رفع دعوى الابطال فلا يؤثر ذلك على الحق في الابطال المقرر لمصلحة المشترى ويجب على القاضى الحكم به متى توافرت شروطه . وقد عارض البعض هذا الاتجاه ويرى أنه (٢) ليس للمشترى أن يتمسك بالابطال خلافا لمقتضيات حسن النية . فالحق فى التمسك بالبطلان شأنه فى هذا الصدد شأن الحقوق جميعا لايجب التعسف فيه . ويعتبر المشترى فى منطق هذا الرأى متعسفا فى حقه فى التمسك بالابطال اذا آلت الى البائع ملكية الشيء المبيع بعد وقت قصير من رفع دعوى الابطال . ومع تسليمنا بالمنطق القانونى المجرد للاتجاه الأخير الا أننا نرى أن الدعوى لاترفع أمام القضاء الا اذا كانت هناك مصلحة قانونية قائمة أو حالة أو مستقبله واشترط الفقهاء المصلحة حتى الحكم فى الدعوى . فاذا كانت مصلحة المشترى قد انتفت بزوال المانع فى اتمام البيع فان قاضى الدعوى يجب عليه القضاء برفض الدعوى لانعدام المصلحة وانما يشترط أن يدفع صاحب المصلحة فى ذلك بهذاالدفع لأنه لايتعلق بالنظام العام.

---

(١) راجع د/ منصور مصطفى المرجع السابق ص٢٤٨ ، د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق ص١٥٠ـ ود/ جميل الشرقاوى ، المرجع السابق فقرة ٤٠

(٢) راجع د/ محمد على عمران عقد البيع فى القانون المدنى المصرى عام ١٩٧٢ ص ١٢٤ هامش ١ .

ثانيا : الآثار التي يرتبها بيــع ملك الغير في مواجهــة المالك الحقيقي:

الأصل أن البيع الوارد على شيء غير مملوك للغير لايرتب آثارا فــــي مواجهــة المالك الحقيقي الا باقراره • فاذا أقر المالك الحقيقي العقد ســــرى في مواجهته • فليس للمشتري بعد هذا الاقرار أن يتمسك بالبطلان حيـــث لامصلحة له في ذلك • ويسرى العقد في حق المالك الحقيقي من وقت الاقــرار وبه تنتقل الملكية الى المشتري • فاذا كان البيع واردا على عقار فلا تنتقــل الملكية الا بتسجيل الاقرار • فاذا كان المالك الحقيقي قد رتب للغير حقوقــا على المبيع قبل اقراره للبيــع ، انتقلت ملكية المبيع الى المشتري باقــــرار المالك الحقيقي محملة بهذه الحقوق • وللمشتري في هذه الحالة أن يرجـــع على المالك الحقيقي بدعوى ضمان الاستحقاق الجزئي (١) .

فكما يكون الاقرار الصادر من المالك الحقيقي صريحا فانه يجوز أيضــا أن يكون ضمنيا • ولقد قضت محكمة النقض المصرية بأن توقيع الزوج علـــى عقــد البيع الصادر من زوجته لأطيــان مملوكــه له كضمان متضامن لا تأويـــل لــه الا أنه اقرار للبيع (٢) .

ومتى انقلــب البيع صحيحــا فــي حــق المشتري باقرار المالــك فانــه

---

(١) راجع د/ السنهوري ، المرجع السابق فقرة ١٦٦ •

(٢) راجــع نقــض مدني ١٩٥٠/٤/٢٠ مجموعــة النقض المدنــي ص١١١• قاعــدة ٤٣ •

يظـل مرتبا لالتزاماتـه بين كـل من البائـع والمشترى .

ولايترتب على اقرار المالـك الحقيقى للبيع حلوله محل البائع فيما كـان يلتزم به فى مواجهـة المشترى .

ولايترتب على الاقرار أن تنشأ العلاقـة مباشرة بين المالك المقر وبيـن المشترى ، بل تظل العلاقـة قائمـة ومنتجـة لآثـارها بيـن البائـع والمشترى .

الفصل الثالث

الثمن

Le Prix

تمهيد :

الثمن هو مبلغ من النقود يدفعه المشترى فى مقابل [١] انتقال الحق المبيع اليه · وهو ركن أساسى فى عقد البيع فاذا انعدم لا وجود مطلقا لعقد البيع · ويشترط فى الثمن أن يكون مبلغا من النقود وهو مايميزه عن المقايضه [٢] والثمن باعتباره محلا لالتزام المشترى يجل أن يكون مقدرا أو على الأقل قابلا للتقدير · فاذا لم يتضمن البيع تعيين الثمن أو طريقة تعينه لم ينعقد أصلا لفوات ركن من أركانه · وأخيرا فان العقد لايكون بيعا بالمعنى الصحيح الا اذا كان الثمن المقدر ثمنا جديا فاذا لم يكن كذلك لم نكن بصدد عقد بيع بل جاز أن يكون الاتفاق هبة [٣].

وسوف نعرض لهذه الشروط الثلاثة فى مبحث أول · ونعرض فى مبحث ثان لحرية المتعاقدين فى تقدير الثمن ·

---

(١) راجع د/ البدراوى ، الوجيز فى عقد البيع ١٩٩٠ ص١٠٦ فقرة ٦٢.
(٢) راجع د/ خميس خضر العقود المدنية الكبيرة ١٩٨٤ ص١١٩.
(٣) راجع د/ البداروى المرجع السابق ص١٠٧ وما بعدها ·

المبحث الأول

الشروط الواجب توافرها في الثمن

أولا : يجب أن يكون الثمن مبلغا من النقود Somme d'argent

يستدل على هذا الشرط صراحة من النص التشريعي ٤١٨ مدني الذي نص على " أن البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي " فاذا اتفق المتعاقدان على نقل ملكية مال معين من أحدهما الى الآخر في مقابل أي عوض غير النقود، فالعقد لايكون بيعا بل مقايضة أو أي عقد آخر غير البيع ويستوي متى كان الثمن نقديا أن يكون معجلا أو مؤجلا أو أن يدفع دفعة واحدة أو على أقساط أو أن يدفعه المشتري الذي يتلقى ملكية المبيع أو أن يدفعه غير المشتري لحساب المشتري كالأب اذا اشترى بنقوده مالا على ذمة ولده .

ونشير هنا الى أن البيع في الفقه الاسلامي أوسع نطاقا ، فقد يكون مبادلة عين بدين وهذا البيع المطلق أو مبادلة عين بعين وتلك هي المقايضه أو مبادلة دين بعين وهذا هو السلم أو مبادلة دين بدين وهذا هو الصرف (١). ويصح أن يكون الثمن ايرادا مرتبا مدى حياة البائع أو ايرادا مؤبدا . وفي الحالتين لايكون الايراد المؤبد أو الايراد المرتب

---

(١) راجع د/ مصطفى عدوي شرح أحكام عقد البيع ١٩٨٩ ص١٣٢ .

مدى الحياه عقد مستقلا وانما يكون ركنا فى عقد البيع هو الثمن [١].

غير أن تكييف العقد بأنه بيع أو غيره يدق فى صور معينة نعرض لأهمها فيما يلى :

(أ) : الاتفاق على أن يكون مقابل المبيع مبلغا من النقود ومالا آخر :

ومثال ذلك اتفاق المتعاقدان على أن يبيع أحدهما مائة فدان محددة فى مقابل منزل وخمسة آلاف جنيه . فهل يعتبر العقد بيعا أم مقايضة ؟

بادىء ذى بدء لو كان تعريف المبيع ممكنا بحيث يتيسر تحديد ما يقابل النقود منه وما يقابل المال الآخر جاز القول بأن الاتفاق يتضمن عقدين : عقد بيع فى الأول وعقد مقايضة فى الثانى .أما والمفروض عدم امكان تفرقة الصفقه فتعين تغليب أحد التكييفين على الآخر .

وقد اختلف الشراح فى ذلك . فمنهم من رأى الآخذ بمعيار شخصى أى يجب التعويل على نية الطرفين والاستهداء عليها بظروف التعاقد بحيث اذا ثبت أن نيتها اتجهت الى المقايضه أو الى البيع تعين تكييف العقد وفقا لذلك ، ومن الظروف التى يمكن الاستهداء بها على نية الطرفين مقدار النقود وقيمة المال الآخر .

بينما ذهب اتجاه آخر [٢] الى وجوب التعويل فى ذلك على نسبة

---

(١) راجع د/ مصطفى عدوى ، المرجع السابق ص١٣٣ هامش (٢) .
(٢) راجع نقض مدنى ١٩٣٥/٥/٣٠ مجموعة القواعد القانونية ص٨١٤ .

النقود الى قيمة ذلك المال الآخر ، فاذا زادت هذه القيمة عن مقدار النقود كان العقد مقايضة والا فهو بيع .

(ب) : الاتفاق على أن يكون مقابل البيع سبائك ذهبية أو أوراقا مالية :

اذا اتفق المتعاقدان على أن يكون مقابل المبيع شيئا من ذلك (سبائك ذهبية – أوراق ماليه) هل يعتبر العقد بيعا أم مقايضة ؟

ذهب البعض الى القول بأن العقد هنا يعتبر بيعا وخاصة اذا كان المقابل فيه ليس مقصودا لذاته بل للنقود التي يمكن الحصول عليها من طريقه . ومثال ذلك اذا بعت سيارتي بخمس سندات من سندات التنمية والادخار أو بربع كيلو من الذهب .

ولكن يذهب غالب الفقه (١) الى أن الآخذ بهذا الرأى السابق يعتبر مخالفا لروح التشريع ، لأن العبرة أن تنتقل ملكية البائع بموجب عقد البيع ذاته . فان كان نقودا كان العقد بيعا وان كان مالا آخر فهو مقايضة مهما سهل تحويل هذا المال الآخر الى نقود .

ثانيا : أن يكون الثمن مقدرا أو قابلا للتقدير :

سبق أن ذكرنا أن الثمن ركن في عقد البيع ولذلك وجب أن يكون

---

(١) راجع د/ السنهورى ج٤ بنده ٢٠٤ ، د/كامل مرسى نبد ٩٦ ،د/ مصطفى منصور بند ١٥ ،د/جميل الشرقاوى ص١١٦ ،د/ توفيق فرج بند ٣٠ ص٦٦ ود/ جلال العدوى ود/ أنور سلطان بند ٥٧ .

بقدرا والأصل أن يتم تقدير الثمن فى العقد ذاته . الا أنه يكفى مع ذلك أن يتضمن العقد الأسس التى يتم تقدير الثمن على أساسها . هذه الأسس قد يتفق عليها صراحة أو ضمنا . فاذا لم يتم الاتفاق على تقدير الثمن أو على الأسس الكفيلة بتقديره فلا ينعقد البيع لتخلف ركن من أركانه (١) ويعتبر الثمن متخلفا أيضا اذا اتفق المتعاقدان على ترك تقدير الثمن لشخص ثالث لم يعين فى العقد ولم يصلا الى اتفاق بشأن اختياره .

الثمن القابل للتقدير وصوره :

جاء نص الماده ١/٤٢٣ مدنى صريحا على أنه " يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التى يحدد بمقتضاها فيما بعد ".

يفهم من هذا النص أنه لايشترط أن يكون الثمن مقدار فى العقد بل يجوز أن يكون قابلا للتقدير .

فيكفى اذن لانعقاد البيع أن يكون تقدير الثمن ممكنا بناء على الأسس المذكورة فى العقد ولكن يشترط ألا تكون هذه الأسس متوقفه على اراده أحد المتعاقدين . ويعتبر العقد متضمنا طريقة لتعيين الثمن اذا أمكن للقاضى أن يستخلص من ظروف التعاقد أو من سبق التعامل بين الطرفين أنهما قصدا اعتماد سعر السوق أو سعر التعامل السابق بينهما . ولهذا نصت الماده ٤٢٤ مدنى " اذا لم يحدد المتعاقدان ثمنا فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص١٠٧ وما بعدها .

السعر المتداول فى التجارة أو السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما "

هذا ويلاحظ أنه يجب أن تكون الأسس [(١)] التى عينها الطرفان لتحديد الثمن أسسا مادية معينة تعيينا من شأنه منع أى خلاف بينهما

ومن أهم صور تحديد الثمن الاتفاق على البيع بسعر السوق ، والاتفاق على أن يتولى أجنبى عن العقد تحديد الثمن وسنعرض فيما يلى لذلك :

أولا : الاتفاق على البيع بسعر السوق :

جاء النص على هذه الصورة فى عجز الماده ٢/٤٢٣ مدنى التى نصت على أنه " اذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق فى المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشترى • فاذا لم يكن فى مكان التسليم سوق وجب الرجوع الى سعر السوق فى المكان الذى يقضى العرف أن تكون أسعاره هى السارية "•

يتضح مما تقدم أنه اذا تم الاتفاق على البيع بسعر السوق وكان الطرفان قد عينا مكان السوق والتاريخ الذى يعتبر السعر فيه أساسا لتحديد الثمن وجب العمل بما اتفقا عليه [(٢)] واذا لم يعينا شيئا من ذلك وتعذر الاستهداء الى نيتهما فى شأنه ، اعتبر أنهما قصدا الاحالة على سعر السوق

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٧٢/٣/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص٣٦٤•

(٢) أنظر Mazeau, op. cit., No. 870.

فى المكان الذى يجب فيه تسليم المبيع وفى اليوم المعين للتسليم . والمكان الذى يجب فيه التسليم هو المكان الذى اتفق عليه لذلك فان لم يوجد اتفاق فى هذا الشأن كان هو المكان الذى وجد فيه المبيع وقت نشؤ الالتزام اذا كان المبيع معينا بالذات ، والا فالمكان الذى يوجد فيه موطن البائع وقت وجوب التسليم أو الذى يوجد فيه مركز أعماله اذا كان البيع متعلقا بهذه الأعمال واذا اتفق على وجوب تصدير المبيع للمشترى اعتبر مكان التسليم هو المكان الذى يصل فيه المبيع الى المشترى ووجب التعويل على سعر السوق فى هذا المكان واذا لم يوجد فى المكان المتفق عليه أو الذى يجب فيه التسليم سوق يستبين منها سعر المبيع وجب الرجوع الى سعر السوق الذى يقضى العرف الجارى فى هذا المكان بالتعويل عليها فى مثل هذه الأحوال .

ثانيا : تحديد الثمن بواسطة أجنبى عن العقد :

سبق أن ذكرنا انه لايشترط أن يتفق المتعاقدان على تحديد الثمن فى عقد البيع بل يكفى أن يتفقا على الأسس التى يتم بمقتضاها هذا التحديد فى المستقبل ومن قبيل ذلك أن يعهد المتعاقدان الى أجنبى بتحديد الثمن فى المستقبل . وينعقد العقد فى هذه الحالة من التاريخ الذى يتم فيه الاتفاق بين البائع والمشترى وليس من التاريخ الذى يقوم فيه الأجنبى بتحديد الثمن .

وقد لايتفق المتعاقدان فى عقد البيع على تعيين الأجنبى المفوض الذى يتولى تحديد الثمن بل يرجئا الاتفاق عليه الى وقت لاحق . ولاينعقد

البيع الا اذا اتفق البائع والمشترى بعد ذلك على شخص من سيتولى القيام بتحديد الثمن فى المستقبل . فاذا لم يتوصل المتعاقدان الى اتفاق فى هذا الشأن اعتبر البيع كأن لم يكن لعدم تحديد الثمن وقد يكون السبب المؤدى الى عدم الاتفاق على شخص المفوض هو رفض أحد المتعاقدين الاشتراك فى الاختيار أو تعنته فى ذلك . فيكون للمتعاقد الآخر الحق فى مطالبة المتعنت بالتعويض . وأساس المسئولية هنا المسئولية العقدية أى المسئولية الناتجة عن الاخلال بعقد غير مسمى بين الطرفين التزام كل منهما بمقتضاه أن يعمل كل ما هو لازم بقصد الوصول الى تعيين المفوض (١) .

وقد يترك المتعاقدان للقاضى الحق فى تعيين المفوض وينعقد أيضا البيع صحيحا فى هذه الحالة ويعتبر ذلك بيانا واضحا فيما يتعلق بمن سيتولى تحديد الثمن فى المستقبل . وأما اذا أرجأ المتعاقدان تعيين المفوض الى وقت لاحق ولم يتوصلا الى تحديده بعد ذلك فليس من حق القاضى أن يقوم فى هذه الحالة بتعيين المفوض نيابة عنهما ويعتبر البيع كأن لم يكن . ويلتزم المتعاقدان بالثمن الذى يحدده المفوض وليس لهما أن يتضررا من تحديده اذ أنهما قد ارتضيا مقدما قيامه بتحديد الثمن ومع ذلك فانه يجوز لمن يتضرر من الثمن الذى حدده المفوض أن يطعن

---

(١) انظر د/ منصور مصطفى المرجع السابق ص١١٢ فقرة ٢٢ ، ، د/اسماعيل غانم ، الوجيز السابق ص٩٠ فقرة ٣٨ .

فيه في الحالات الاتية (١) :

١ ـ اذا تواطأ المتعاقد الآخر مع المفوض في تحديد الثمن . فاذا تم هذا التواطؤ فجاء الثمن مبالغا فيه جاز للمشترى أن يطعن في صحة هذا التقدير . وكذلك الآمر اذا تواطأ المشترى مع المفوض في تحديد الثمن فجاء الثمن بخسا غير متناسب مع قيمة الشيء جاز للبائع أن يطعن أيضا في هذا التقدير . فالقاعدة أن الغش مفسر لكل شيء . بل أن التواطؤ في حد ذاته يعتبر عمل غير مشروع يوجب الزام فاعله بالتعويض .

٢ ـ اذا ارتكب المفوض خطأ جسيما كأن يكون الثمن الذى قرره المفوض لايتناسب مطلقا وقيمة المبيع . وقد ينتج ذلك عن وقوع المفوض في غلط في صفة جوهرية من صفات المبيع .

٣ ـ اذا تجاوز المفوض حدود مهمته ، كان لكل من له مصلحة من المتعاقدين أن يطعن في تقديره ، ومثال ذلك أن يضع المفوض في اعتباره ما قد يطرأ على قيمة الحاصلات الزراعية من ارتفاع اذا كان ما عهد به اليه هو تحديد قيمتها قبل جنيها (٢).

---

(١) راجع د/ منصور مصطفى المرجع السابق فقره ١١ ، د/ السنهورى فقره ٢١٢ هامش ٣ ، د/ لبيب شنب ، د/ مجدى خليل المرجع السابق فقرة ٢٦ .

(٢) راجع د / محمد على عمران المرجع السابق ص١٣٧ .

حكم المبيع الذى يعهد فيه الى أجنبى بتحديد الثمن وطبيعة عمل المفوض :

اذا عهد الى أجنبى بتحديد الثمن فان التزام المشترى بدفعه يكون معلقا على شرط واقف . ويقع هذا الشرط صحيحا لعدم توقفه على محض ارادة المدين . والشرط الواقف هنا هو قيام المفوض بتحديد الثمن. فاذا استحال عليه ذلك لوفاته أو رفضه القيام بهذه المهمة اعتبر البيع كأن لم يكن . واذا كان عدم قيام المفوض بتنفيذ مهمته راجعا الى خطئه جاز للمتعاقد الآخر أن يطالبه بالتعويض .

أما اذا قام المفوض بتنفيذ مهمته وحدد الثمن فان البيع يعتبر قد تم لامن وقت تقدير المفوض للثمن بل من الوقت الذى اتفق فيه المتعاقدين على أن المفوض هو الذى يتولى تحديد الثمن . أى أن البيع يتم من وقت ابرامه اذا كان الاتفاق على المفوض قد تم فى العقد نفسه، أو من الوقت الذى يتم فيه تعيين المفوض اذا أرجأ المتعاقدان ذلك الى وقت لاحق (١) .

طبيعة عمل المفوض :

اختلف الفقه حول تحديد طبيعة مهمة المفوض فذهب البعض الى القول أن المفوض يعتبر محكما الا أن هذا الرأى مردود عليه بأن التحكيم يفترض وجود نزاع وهذا غير متوافر هنا . وذهب البعض الآخر الى القول بأن المفوض يعتبر من أهل الخبرة وهذا أيضا غير صحيح فرأى الخبير

---

(١) راجع د/ السنهورى ، المرجع السابق ص١٨٠ وما بعدها .

غير ملزم لأحد • كما أنه لايتفق وطبيعة المهمة المعهودة الى المفوض• فالثمن الذى يحدده المفوض ملزم بحسب الأصل للقاضى وللطرفين (١) • كما لايمكن اعتباره وكيلا عن الطرفين فالوكالة بحسب نص القانون لاتكون الا فى الأعمال القانونية (٢) وما يقوم به المفوض عندما يحدد الثمن يعتبر عملا ماديا لا قانونيا (٣).

ولذلك يذهب جانب من الفقه فى مصر الى (٤) أن العقد الذى يتعهد بمقتضاه المفوض بتحديد الثمن لحساب كل من البائع والمشترى يعتبر عقدا غير مسمى اذا كان يتم تفضلا أى بلا مقابل •

ويعتبر عقد مقاولة اذا كان المفوض يتقاضى أجرا عما يؤديه ويذهب رأى آخر الى أن العقد الذى يتم بين البائع والمشترى من جهة وبين المفوض من جهة أخرى والذى يلتزم بمقتضاه المفوض بتحديد الثمن يعتبر عقدا غير مسمى (٥).

ثالثا : أن يكون الثمن جديا : Serieux

لايكفى أن يكون الثمن معينا فى العقد نقد بل يجب أن يكون ثمنا

---

(١) راجع د/اسماعيل غانم الوجيز السابق ص٩١ ، د/ لبيب شنب ود/ مجدى خليل المرجع السابق فقرة ٢٧ •

(٢) راجع د/مصطفى منصور نفس الموضع السابق " نقد فكرة الوكالة كأساس لتحديد طبيعة عمل المفوض •

(٣) راجع د/جميل الشرقاوى "يرى أن قيام المفوض بتحديد الثمن لايعتبر عمل مادى" كذلك د/ أنور سلطان ود/جلال العدوى عقد البيع ١٩٦٦ فقرة ١١٩•

(٤) راجع د/ محمد لبيب شنب، د/مجدى صبحى خليل المرجع السابق فقرة٢٧

(٥) راجع د/منصور مصطفى المرجع السابق فقرة ٣١ ، د/اسماعيل غانم المرجع السابق ص٩١ •

حقيقيا أى جديا والا كان هو والعدم سواء •

والثمن الحقيقى أو الجدى هو الذى تكون ارادة الطرفين قد اتجهت الى الزام المشترى بأن يدفعه فعلا باعتباره مقابلا حقيقيا لا رمزيا للمبيع ويعتبر الثمن غير حقيقى اذا كان صوريا أو تافها • أما الثمن البخس فهو ثمن حقيقى وينعقد ولو أنه يخول البائع فى بعض الأحوال حق تكملة الثمن •

وسنعرض فيما يلى لهذه الصور الثلاثة : الثمن الصورى ـ الثمن التافه ـ الثمن البخس •

١ ـ الثمن الصورى :

يقصد بالثمن الصورى ذلك الثمن الذى لايقصد المشترى دفعه (١) ولا البائع اقتضاءه وانما يذكر فى العقد فقط اظهارا له فى صورة البيع • وهذا الثمن لاينعقد به بيع لأن الثمن ركن من أركان البيع • ولكن لايكفى لاعتبار الثمن صوريا مجرد خلو العقد من اثبات دفعه عند التعاقد لأن ذلك لاينفى التزام المشترى بدفعه عند المطالبه وكذلك لايعتبر الثمن صوريا لمجرد نزول البائع عنه بعد البيع لأن العبره بحقيقة الثمن وقت البيع • فمتى انعقد البيع وثبت للبائع الحق فى الثمن

---

(١) راجع د/ البدراوى عكس ذلك " يرى أن الثمن يجب أن يكون حقيقيا وجديا " الوجيز السابق ص١١٦ ـ

فليس هناك مايحول دون ابرائه المشترى منه وهو اذ فعل لم يكن لذلك أثر على البيع • انما يجب ألا يثبت أن البائع لم يكن متفقا مع المشترى على هذا النزول وقت العقد والا كان العقد هبه للمبيع مستورة فى صورة بيع • وسوف نعرض للهبه المستورة كجزء على عدم حقيقة وجدية الثمن •

وتتخذ صورية الثمن فى البيع احدى وجهين : الأول : اما أن تكون صورية الثمن نسبية والثانى : أن تكون صورية الثمن مطلقه فاذا أثبت المتعاقد صاحب المصلحة الحقيقية الثمن المتفق على دفعه كان هذا الثمن الأخير ثمنا حقيقيا وينعقد به البيع أى أنه اذا أثبت البائع أن الثمن الحقيقى أكثر من الثمن الصحى كان له تقاضى الزياده (١) .

أما اذا أثبت أن الثمن صورى صورية مطلقة ينعدم بذلك ركن الثمن ولا ينعقد العقد لعدم اكتمال أركانه ويكون العقد هبه اذا ثبت اتجاه ارادة المتعاقدين الى نقل ملكية المعقود عليه فعلا من أحدهما الى الآخر على سبيل التبرع •

وصورية الثمن أى انعدامه يمكن اثباتها طبقا للقواعد العامة • ففيما بين المتعاقدين لايجوز اثباتها الا بالكتابه متى كان العقد متضمنا ذكر الثمن • أما بالنسبة للغير فيجوز له اثبات الصورية بكافة

---

(١) راجع محكمة استئناف اسكندرية ١٩٤٦/١٠/٢١ •

طرق الاثبات ٠ وهـذه الصوريـة كما سبق أن ذكرنا قد تكون ظاهـــــرة كمـا لو أبرأ البائع المشترى من الثمن أو ترك دفع الثمن لمحض ارادته ٠ ولكن فى غالب الأحوال لاتكون صورية الثمن ظاهرة وعندئذ يستطيع الغير اثباتهـــا بجميـع الطـرق بما فيهـا البيئة والقرائن ٠ كمـا لـو كـان المشتـــرى فى حالـة لاتمكنـــه مـن دفـع الثمـن " بيـع صـادر من الأب لطفــل لايملك شيئـا "٠

وقد جـرت المحاكـم فى اثبات صورية الثمن على جواز استنباطهـا مـن مجرد التفاوت الكبيـر حال المشترى المالى وبين الثمن المسمى فى العقد(١) ولكن ثبوت صورية الثمن من هذا الطريق لايمنـع من اعتبار العقـد هبـة منجزه فقـد قضت محكمة النقض " أنه اذا تبين من ظروف الدعوى أن المشتـرى لم يكن فى حالة يستطيع معهـا دفع الثمن الموضح فى العقـد وأنه ليـس ثمنـا صوريا فيكون العقد فى الحقيقـة عقد تبرع منجز أى هبه مستـــورة فى صورة عقـد بيـع (٢).

كمـا قررت آيضا (٣) أنه لايتعارض مع تنجيز العقـد عـدم استطاعـة المتصرف اليه دفع الثمن المبين بالعقد لأن التصرف المنجز يعتبـر صحيحـا سواء كان العقد فى حقيقتـه بيعا أم كان هبـه مستتره فى عقد بيـع استوفى شكله القانونى ٠

---

(١) استئناف أسيوط ١٩٣١/١١/١٦ مجلة المحاماه السنة ١٢ص٢٢٤٠
(٢) نقض مدنى ١٩٨٢/٦/٢ مجموعة آحكام النقض فى ٥٠ عاما نادى القضاه
(٣) نقض مدنى ١٩٦٨/٢/١٣ مجموعة أحكام النقض فى ٥٠ عاما نادى القضاه

ولكن انعدام التفاوت المذكور لايستقيم دليلا فى حد ذاته على جدية الثمن أو البيع . وقد ذهبت محكمة النقض فى أحدث حكما لها [(١)] " أنه لاتعارض بين أن يكون المشترى فى حالة تمكنه من دفع الثمن وأن يكون الشراء الحاصل منه صوريا ، اذ لاتلازم بين حالة الاعسار وصورية العقد . فاذا اقتنعت المحكمة بأن تصرفا ما كان صوريا فليس هناك مايحتم عليها أن تعرض بالبحث للمستندات المقدمة من المشترى اثباتا ليساره ومقدرته على دفع الثمن ".

٢ ـ الثمن التافه : Derisoire

يقصد بالثمن التافه ذلك الثمن الذى لايتناسب مع قيمة المبيع فاذا أبرم البيع فى مقابل ثمن منخفض بشكل كبير بحيث لايمكن أن يتناسب مع قيمة الشيء كان الثمن تافها وكان البيع باطلا [(٢)] ومثال ذلك أن تباع عشرة أفدنة بخمسين جنيها أو منزلا كبيرا بألفين جنيه فمثل هذا العقد يكون ناقصا ركنا من أركانه هو ركن الثمن . ولأن الثمن التافه لايعتد به أصلا فان ذكره فى عقد البيع لايكفى حتى لاعطاء العقد صورة البيع الذى يسترهبه . ويعتبر العقد فى هذه الحالة هبه سافرة . ولايصلح بهذا الوصف الا اذا كان محررا فى ورقة رسمية

---

(١) نقض مدنى ١٩٨٨/١/٢ مجموعة القواعد القانونية ص٢٩٨ قاعده ٢٨٨ .

(٢) د/ البدراوى ، الوجيز السابق ص١١٨ ـ

طبقا للماده ٤٨٨ /١ مدنى [١] غير أن أستاذنا الكبير الدكتور / توفيق حسن فرج يرى الاكتفاء بذكر ثمن تافه فى عقد البيع لاعتباره ساترا هبة بشرط ثبوت نية التبرع لدى البائع ويرى أن فى ذلك غنى عن افراغ الهبه فى عقد رسمى [٢].

الثمن البخس : Vil Prix

يقصد بالثمن البخس ذلك الثمن الذى يقل كثيرا عن قيمة المبيع ولكنه لاينزل الى حد الثمن التافه الذى لايعتد به لايهم البائع الحصول عليه [٣] فاذا لم ينحط الثمن الى درجة كبيرة جدا بأن كان ثمنا بخسا فانه يعتبر ثمنا كافيا لانعقاد البيع • والثمن البخس لايجيز الطعن فى العقد الا فى حالات استثنائية هى فى القانون المصرى واردة فى المواد ١٢٩ ، ٤٢٥ من القانون المدنى • ففى غير هاتين الحالتين لا أهمية لتعادل الثمن مع قيمة المبيع أو عدم تعادله ، وسواء أكان أعلى من هذه أم أقل منها مالم ينحط الثمن بدرجة فاحشة تجعلها ثمنا تافها •

فلا يشترط التكافؤ بين الثمن وقيمة المبيع لأن تقدير الثمن متروك لحرية المتعاقدين • وانما يجب أن يكون العقد مستوفيا ركن

---

(١) د/ سليمان مرقص المرجع السابق ص١٧٨ •
(٢) د/ توفيق فرج المرجع السابق ص١٨٢ ـ١٨٣ •
(٣) راجع د/ سليمان مرقص المرجع السابق ص١٨٨ •

الثمن وهذا ركـن ينعدم اذا كان الثمن تافها . وفى هذا تقول محكمة النقض المصرية (١) " أنه لايشترط أن يكون المقابل فى عقد البيع متكافئا مع قيمة المبيـع بل كـل مايشترط ألا يكون تافها . فالثمـن البخس يصلـح مقابلا لالتزامـات البائع ، وادعاء البائع كما هو الشأن فى الدعوى بأنه بـاع دون القيمـة على علم منه بذلك تخلصا من تعرض الغير له فى الأطيـان وعجزه عن تسلمها لايكفـى لابطـال البيع الا أن يكـون قـد شـاب رضـاءه اكراه مفـسر له ". وتحـديد الحـد الذى يتحول فيـه الثمـن من بخـس الى تافـه قد يدق كثيرا مادامت التفرقه بينهمـا لاترتكز الى معيار مـادى مضبوط (٢).

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٨٩/٣/١٤ مجموعة أحكام النقض المدنى فى ٥٠ عاما نادى القضاه .

(٢) راجع د/ البدراوى عقد البيع ص٢١١ ـ ٢١٦ " فى البيع مقابـل ايراد مدى الحياه أقـل مـن غلة المبيـع ".

المبحث الثانى

حرية المتعاقدين فى تقدير الثمن

تمهيد :

الأصل المقرر قانونا أن للمتعاقدين كامل الحرية فى تقدير الثمن طبقا لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، لكن هذه الحرية قد تقيد فى بعض الأحوال اما بالاتفاق أو بالقانون ، فقد يتفق منتج سلعة أو من حصل على حق توزيعها مع الموزعين لها على عدم بيعها الا بثمن معين فاذا تم البيع بغير هذا السعر لايؤثر على صحة عقد البيع وانما يعتبر اخلالا بالالتزام الناشىء من العقد وقد يترتب عليه الفسخ أو التعويض حسب الأحوال (١) ولما كان عدم تناسب الثمن وقيمة المبيع لا تأثير لها على صحة العقد طالما لم تصل الى حد تفاهة الثمن فقد رأى المشرع المصرى فى نوع معين من البيوع الاعتداد بعدم التعادل بين الثمن وقيمة المبيع (الغبن) وذلك فى حالة واحده هى بيع عقار مملوك لغير كامل الأهلية (الماده٤٢٥ مدنى).

ولما كان ذلك فسوف نعرض فى مطلبين متتاليين للقيود الاتفاقية والقانونية التى ترد على حرية المتعاقدين فى تقدير الثمن فى مطلب أول ، ونعالج فى المطلب الثانى أحكام الغبن فى بيع عقار مملوك لغير كامل الأهلية .

---

(١) راجع د/ البدراوى ، الوجيز السابق ص١٢١ .

المطلب الأول

القيود التي ترد على حرية المتعاقدين في تقدير الثمن

ان حرية المتعاقدين فى تقدير الثمن ليست مطلقه بل ترد عليها بعض القيود ويمكن اجمالها فيما يلى :-

١ - التسعيرة الجبرية :

كثيرا ما تتدخل التشريعات الخاصة الى مثل هذا النوع من التحديد الالزامى للأسعار حماية لضعاف المستهلكين . فيشمل هذا النوع من التدخل السلع الضرورية للمستهلك مثل اللحوم - الخبز - الفاكهة. ولايمكن للمشرع أن يتدخل بصفة آمرة بالنسبة لجميع أنواع السلع الا فى ظل المجتمع الاشتراكى حيث تكون الدولة هى المنتجة الوحيدة . وبالتالى فانها تملك التسعير الجبرى فقد تخفض أسعار السلع الضرورية وترفع أسعار السلع الكماليه تحقيقا لنوع من العدل التبادلى بين المستهلكين(١) وفى ظل التطبيق الاشتراكى الصحيح تكون الدولة هى المهيمنه على أوجه النشاط الاقتصادى المختلفة ومن ثم فهى لاتسعر الا السلع الضرورية . فلا يجوز للأفراد الاتفاق على سعر أعلى من التسعير الجبرى . لكن التساؤل الذى يثور هل الاتفاق على سعر أعلى من السعر الجبرى فيه بطلان للعقد أم لا ؟.

(١) راجع د/ عمران ، المرجع السابق ص١٣٢ .

أجاب الفقه المصرى والقضاء الفرنسى على أن البيع لايكون باطلا الا فيما يجاوز السعر الالزامى للسلعة ويظل العقد صحيحا على أن يلتزم البائع برد ماقبضه زائدا عن السعر الجبرى ويحتفظ المشترى بالمبيع (١) وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية ذلك فى آحد أحكامها بأن قضت برد فرق الثمن دون بطلان للبيع • ونرى أن هذا الاتجاه هو الذى يتفق مع القواعد العامه • فالعقد فى شق منه باطل هو التزام المشترى بدفع القدر الزائد عن السعر المحدد• فهذا الحل يسمح للمشترى بالابقاء على العقد والافادة من التسعيرة الجبرية ومن شأنه آيضا عدم تشجيع الخروج على التسعيرة الجبرية

٢ - **السعر الالزامى للنقود الورقية :**

ان القوانين التى تحدد السعر الالزامى لاوراق البنكوت أو النقود الورقية تعتبر قيدا على حرية المتعاقدين فى تقدير الثمن لأنها تفرض عليهم نوعا معينا من النقود يجب أن يدفع به الثمن • فهذه القوانين تجعل النقود الورقية واجب وتعطيها سعرا الزاميا فى الوفاء •

وقد نص الأمر العالى الصادر فى آغسطس ١٩١٤ على فرض السعر الالزامى لأوراق البنكنوت التى يصدرها البنك الأهلى المصرى • بمعنى أن البنك لايجبر على أن يعطى ذهبا بدلا من الورق وأن مايدفع من أوراق البنكنوت يكون دفعا صحيحا مبرئا للذمة كما لو كان حاصلا بالعملة الذهبية ونص على بطلان شرط الوفاء بالذهب سواء كان قد اتفق على الدفع بالذهب أو بما يعادل قيمة الذهب وقت الوفاء • ورغم صراحة النص فقد سايرت بعض

---

(١) راجع نقض مدنى فرنسى ١٩٥١/١٢/١٠ J . C . P .

المحاكم إلقضاء الفرنسى • فكانت تبطل شرط الذهب فى المعاملات الداخليه وتجيزه فى المعاملات الخارجية • وكذلك صدر تشريع تفسيرى هو المرسوم رقم ٣٥ لسنة ٣٥ ينص على بطلان شرط الذهب فى المعاملات الداخلية والخارجية على السواء • وعلى ذلك يبطل شرط الذهب ويكون للمشترى أن يوفى الثمن نقودا ورقية مصرية على أساس قيمة الذهب المشروط وقت العقد لا وقت الوفاء (١) .

وتقتضى حرية المتعاقدين فى تقدير الثمن عدم الاعتداد باختلاف التعادل بين الثمن وقيمة المبيع • ما لم يصل هذا الاختلاف الى حد يجعل الثمن تافها ومن ثم يكون فى حكم المعدوم ويكون البيع باطلا ومع ذلك فقد اعتد المشرع بحالة الغبن فى حالة بيع العقار المملوك لغير كامل الأهلية وهذا ماسنعرض له فى المطلب الثانى •

---

(١) راجع فى تفاصيل هذا الموضوع د/ السنهورى الوسيط فى الالتزامات جـ١ ص٣٨٩ وما بعدها •

المطلب الثاني

الغبن في بيع عقار مملوك لغير كامل الأهلية

التنظيم التشريعي :

نص المشرع فى الماده ٤٢٥ مدنى على أنه " اذا بيع عقار مملوك لشخص لاتتوافر فيه الأهلية وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل • ويجب لتقدير ما اذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع".

وجاء نص الماده ٤٢٦ على أن " تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن اذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار • ولاتلحق هذه الدعوى ضررا بالغير حسن النية اذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع ".

ثم جاء نص الماده ٤٢٧ مدنى على أنه " لايجوز الطعن بالغبن فى بيع تم كنص القانون بطريق المزاد العلنى ".

وسوف نعرض فيما يلى لشروط الطعن بالغبن ثم لأحكام دعوى تكملة الثمن •

أولا : شروط الطعن فى البيع للغبن

يبين من استعراض النصوص سالفة الذكر أنه يشترط للطعن فى البيع للغبن توافر الشروط التالية :

١ ـ أن يكون المبيع عقارا ٠

٢ ـ أن يكون صاحب العقار المبيع غير كامل الأهلية بالنسبة للعقار المبيع بالذات ٠

٣ ـ أن يكون فى البيع غبن للبائع يزيد على خمس قيمة العقار ٠

٤ ـ ألا يكون البيع قد تم كنص القانون بطريق المزاد العلنى ٠

وسنتناول هذه الشروط تباعا :ـ

١ ـ أن يكون المبيع عقارا :

يشترط حتى يمكن اعمال الطعن في البيع للغبن أن يكون المبيع عقارا ويستوى أن يكون المبيع حق ملكية على عقارا أو أن يكون حقا عينيا آخر على عقار كحق الانتفاع بأرض وحق الرقبة وحق الارتفاق وحق الحكر وعلى ذلك فلا يجوز الطعن للغبن فى بيع المنقولات ٠ والعله فى هذه التفرقه ترجع الى القانون الرومانى (١) باعتبار أن العقارات كانت معيارا للشراء ٠ الا أنه بعد تفاوت قيمة المنقولات مثلا ٠ كالاسهم على

---

(١) راجع د/ محمد عمران المرجع السابق ص١٤١ ٠

قيمة العقارات لم تعد هناك حاجة أو علة لهذه التفرقه (١) فندعو المشـــــرع لتعديل هذا النص ليشمل المنقول والعقار على السواء وخصوصا المنقـــولات ذات القيمة العالية • واذا تضمن البيع عقارا ومنقولا كبيع منزل بمفروشاته بثمـــــن واحـــد يجوز الطعن بالغبن فى بيع المنزل وحــده وذلك بعد تقدير مايخصـــه من الثمن الاجمالى (٢).

٢ – أن يكون صاحب العقار المبيــع غير كامل الأهليـــــة :

يشترط أن يكون صاحب العقار المبيع غير كامل الأهلية • وسواء كـــــان ذلك راجعـــا الى صغـــر الســـن أو الى عارض من عوارض الأهليـــــة • فيجـوز أن يكون صبيا غير مميز أو مجنونا أو معتوها وهؤلاء هم فاقـدوا الأهليــــــة• ويبيع بالنيابه عنهـم الولى أو الوصى أو القيم • ويجوز أن يكون صبيـا مميـــزا أو محجورا عليه لغفلة أو سفه وهؤلاء هم ناقصوا الأهليـــة ويبيع بالنيابـــــة عنهم الولى أو الوصى أو القيم وقد يباشرون البيع بأنفسهم • والعبره فـــــى توافر الأهليـــة بشخص صاحب العقار المبيع بصرف النظـر عمـن قـــــام بابرام العقد وهو قد يكون نائبـة القانونى أى الولى أو الوصى أو القيـــــم وقد يكون هو صاحب العقار نفسه • غير أنه كان صاحب العقار الذى أبـــرم البيع بنفســه عديم الأهليـــة فالعقد باطل بطلانا مطلقـا ولا مجـــــــال للبحث فيه عن الغبن • أمـا اذا كان صاحب العقار الذى باشر البيـــــع

(١) راجع د/ لبيب شنب ود/ مجدى صبحى المرجع السابق فقرة ٣٢ " كان الأجدر بالمشرع أن يعدل عن هذه التفرقه البالية وأن يساوى فـــــى الحكم بين العقار والمنقول ".

(٢) راجع د/خميس خضر ، العقود المدنية الكبيرة عام ١٩٨٩ص١٠٩ــ ١٠١ .

بنفسه ناقص الأهلية فله بجانب دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن دعوى الأبطال لنقص الأهلية ٠

ويكون للبائع الخيار بين أى من الدعويين ٠ على أنه قد تكون لناقص الأهلية مصلحة في عدم طلب الابطال كما اذا انخفضت قيمة المبيع كثيرا بعد البيع ٠ ففى هذه الحالة يكون من مصلحة البائع اذا كان البيع مشتملا على غبن يزيد على خمس قيمة العقار وقت البيع أن يطعن فى البيع للغبن فيكمل له الثمن الى أربعة أخماس تلك القيمة ٠ واذا أبرم النائب القانوني عن صاحب العقار فلا يكون هناك محل لرفع دعوى الابطال بسبب عدم اكتمال الأهلية ويتعين الالتجاء الى الطعن فى البيع بالغبن اذا توافرت شروط المادة ٤٢٥ مدنى ٠ غير أن الغبن فى مثل هذا البيع نادر، اذ أن قانون الولاية على المال قد قيد من سلطة الولى أو الوصى أو القيم فاشترط لصحة البيوع التي يتولون ابرامها الحصول على اذن المحكمة الا أن يكون البيع صادرا من الأب فى عقار لاتزيد قيمته على ثلاثمائه جنيه ٠ وأجاز قانون الولاية على المال في المادة السابعة منه للمحكمة أن ترفض الاذن اذا كان البيع بغبن يزيد على خمس القيمة ٠

واذا كانت العبرة بأهلية صاحب العقار المبيع فالعبرة أيضا بأهليته بالنسبة للعقار المبيع بالذات (١)٠

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ١٩٥٨ ص١٩٨٣ ، د/ منصور مصطفى منصور المرجع السابق ٦١ بند ١٥ ٠

فالقاصر الذى بلغ السادسة عشر يكون أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله فاذا اشترى القاصر بالنقود التى كسبها من عمله عقارا فيكون القاصر أهلا لبيع هذا العقار .

واذا باعه فلا يجوز الطعن فى هذا البيع بالغبن اذ أن العقار فى هذه الحالة مملوك لشخص كامل الأهلية بالنسبة لبيع العقار المبيع بالذات ويلزم أن يكون المغبون هو البائع فلا يجوز للمشترى الطعن بالغبن اذا زاد الثمن عن قيمة المبيع ولو كان المشترى غير كامل الأهلية .

٣ — أن يكون فى البيع غبن يزيد على خمس قيمة العقار :

بادىء ذى بدء يجب التنويه فى هذا الشرط على أن الغبن الذى اعتد به المشرع هو الغبن الفاحش أى الذى يزيد على الخمس . ويلاحظ أن رقم الخمس مأخوذ من الفقه الاسلامى ففيه أن الغبن الفاحش هو ما يزيد عن الخمس . ويلاحظ أن معيار الغبن ليس ذاتيا بل انه معيار موضوعى (١)

وقد حدد المشرع الوقت الذى يعتد به عند تقدير قيمة العقار فى الماده ٢/٤٢٥ مدنى " يجب لتقدير ما اذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع ". ولكى يمكن الطعن بالغبن يلزم امكان تحديد مقدار الغبن ولذلك قيل أن البيوع الاحتمالية لاتقبل الطعن فيها بالغبن (٢) فجوهر هذه العقود هو الاحتمال وليس لأى

(١) راجع د/ السنهورى ، المرجع السابق فقره ٢٢٢.

(٢) راجع تفصيل ذلك رأى فى الفقه الفرنسى القديم وعرض الرأى " د/محمد على عمران عقد البيع السابق ص١٤٣ ".

من المتعاقدين أن يتضرر من عدم التعادل الاحتمالى بين مقدار ما سيعطى وما يأسيأخذ . فاذا كان الثمن فى عقد البيع هو ايراد دورى مدى الحياه يلتزم به المشترى قبل البائع ، فان البائع لايعرف مقدما مقدار الثمن ، اذ أن ذلك يتوقف بطبيعة الحال على المدة التى سيحياها ولايمكن التكهن بذلك مقدما —

وظل الأمر كذلك حتى ذهبت محكمة النقض الفرنسيه (١) الى القول بعدم الاستبعاد المطلق للطعن بالغبن فى العقود الاحتماليه . فقد يكون العقد فى مظهره احتماليا فقط وانما يدل فى حقيقته أن ما سيعطيه أى من المتعاقدين لايتعادل البته مع ما سيأخذ . ومثال ذلك أن يبيع شخص يبلغ من العمر سبعون عاما منزلا تقدر قيمته الحقيقية بخمسمائه جنيه فى مقابل ايراد دورى لمدى حياته مقدرا بثلاثة جنيهات شهريا . فى شكل هذا الغرض يتضح تماما عدم التعادل بين احتمالات الكسب والخسارة. ويبدو هنا أن الخاسر هو البائع وأن هناك غبنا أصابه . فاذا توافرت شروط الطعن الآخرى المنصوص عليها فى الماده ٤٢٥ مدنى جاز للبائع أن يطعن بالغبن فى هذا العقد .

٤ — ألا يكون البيع قد تم كنص القانون بطريق المزاد العلنى :

يشترط ألا يكون البيع قد تم كنص القانون بطريق المزاد العلنى . فكأن الطعن بالغبن غير جائز بمقتضى هذا النص فى البيع الذى يحتم القانون

(١) راجع نقض مدنى فرنسى ١٨٣٦/٢/٢٢ ، ١٩٥١/٢/٢٨ داللوز ١٩٥١ ص ٣٠٩
وفى الفقه الفرنسى
Planiol , Ripert et Hamel .op,cit.,No. 232

أن يكون بالمزاد العلنى كبيع عقار المدين للتنفيذ بالدين ٠

وقد اختلف الفقه فى بيع عقار غير كامل الأهلية اذا اشترطت المحكمة بيعه بالمزاد العلنى وتم البيع فعلا بالمزاد ٠ وفقا للاجراءات التى رسمها قانون المرافعات فى بيع عقار غير كامل الأهلية والغائب ٠

فذهب اتجاه أول (١) يرى أنه يجوز الطعن بالغبن فى هذا البيع وهنا يكون معنى عبارة "كنص القانون" الوارد فى الماده ٤٢٧ مدنى يحتم أن يتم البيع بطريق المزاد العلنى اذ أن هذا البيع يصح أن يقع بالمزاد العلنى وفقا للاجراءات التى رسمها قانون المرافعات ولكن القانون لايحتم ذلك ، فقد يحصل الوصى على اذن المحكمة فى بيع عقار القاصر ، وتقتصر المحكمة على أخذ رأى خبير فى قيمة العقار ومناسبة الثمن لهذه القيمة دون أن تحتم بيعه بالمزاد العلنى ٠

بينما ذهب اتجاه آخر (٢) يرى أنه لايجوز الطعن بالغبن فى بيع عقار غير كامل الأهليه اذا اشترطت المحكمة بيعه بالمزاد العلنى وتم البيع

---

(١) راجع تفاصيل هذه الاتجاه د/ خميس خضر العقود المدنيه الكبيره ١٩٨٩ ص١٠٣ هامش "١" وأمعن فى ذلك د/منصور مصطفى بقوله " يجوز الطعن بالغبن فى البيع اذا توافرت شروط الماده ٤٢٥ مدنى حتى ولو كان البائع قد دعا من تلقاء نفسه الى مزاد علنى لبيع العقار حتى يحصل على أكثر ثمن ممكن "٠

(٢) من أنصار هذا الاتجاه د/ السنهورى الوسيط ج"١" بند ٢٢١ ،د/ البدراوى عقد البيع الوجيز ١٩٩٠ بند ١٥٣ ص٢٢٣٠ ونرى أنه لايجوز الطعن فى هذا البيع اذا كان القانون قد حتم بالضرورة اتخاذ اجراءات البيع بالمزاد العلنى ٠

فعلا بالمزاد وفقا للاجراءات التى رسمها قانون المرافعات فى بيع عقار غير كامل الأهلية والغائب وهنا تفهم عبارة " كنص القانون " الواردة بالنص بمعنى وفقا للاجراءات التى نص عليها القانون ٠

والحكمة من امتناع الطعن بالغبن فى البيع الذى يتم طبقا لاجراءات المزاد العلنى هى أن القانون فرض اجراءات معينه حول هذا البيع تهدف الى أن يتم البيع بأكبر ثمن ممكن ٠ ومن ناحية آخرى أن من شأن عدم جواز الطعن بالغبن فى مثل هذا النوع من البيع فيه تشجيع للجمهور على التقدم للشراء فاذا توافرت هذه الشروط جميعا يحق للبائع المطالبة بتكملة الثمن ورفع الغبن الزائد وهذا مانعرضه ٠

ثانيا : الأثر الذى يترتب على تحقق الغبن الفاحش

رفع الغبن الزائد على الخمس : (دعوى تكملة الثمن)

اذا توافرت الشروط السابقه على بيع عقار شخص غير كامل الأهلية فللبائع أن يطلب تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل ٠ فلو بيع العقار المملوك لغير كامل الأهلية بثلاثمائهجنيه وكانت قيمته الحقيقية وقت البيع خمسمائه جنيه فان ذلك يعنى وجود غبن على الخمس ٠ فيجب على القاضى أن يكمل الثمن أربعة أخماس ثمن المثل أى يكمل الثمن الى أربعمائة جنيها ٠

أشخـــاص الدعـــوى :

ترفع الدعوى تكملة الثمن من المالك للعقار أى ناقص الأهلية بعـــد بلوغه ســن الرشد أو رفع الحجـر عنـه أو ورثتـه بعد وفاتـــه • ويجـــوز أن يرفـع الدعوى الوصى أو الولى أو القيم أيضا • وان كان ذلك لايتصور عمـــلا الا اذا صدر البيع من ناقص الأهلية نفسه • وفى هذه الحالة يكون لهـــؤلاء طلب ابطال البيع بسبب نقص الأهلية نفسه ويكون لهم اذا رأو ذلك فى مصلحـــة القاصر الاكتفاء بطلب تكملة الثمن • وعلى كل حال فقـد رسم المشرع أمـــام هؤلاء مـدة زمنيـة محـدده والا سقط بالتقادم هـذا الحـــق (المـــاده ١/٤٢٦ مدنى) وهذه المـده هى ثلاث سنوات تبـدأ مـن وقـت توافـــر الأهلية أو من اليوم الذى يكون فيه صاحب العقار المبيع • وهـذه المـــده لاتقبل الوقـف لأن المشرع نص صراحـة " تسقط بالتقادم" فالتقادم الـــذى يوقف بسبب نقص الأهليـة هو التقادم الذى تزيد مدتـه على خمس سنوات • وأمـا اذا كانت مـدة التقادم ثلاث سنوات كما هو الحال فى دعوى تكملـــة الثمن بسبب الغبن الفاحش فات هذه المده تكونغيـر قابلة للوقـف راجـــع المادة (٣٨٢ /٢ مدنى) (١).

نتيجـة دعـوى تكملـة الثمـــن :

اذا رفعها صاحب المصلحة الحقيقيـة خلال الميعاد القانونى فان قاضـــى الدعوى يحكم بتكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل فقط لا الى ثمـــن المثل كاملا • ولنضرب مثالا آخـر يوضح ذلك • فاذا باع القاصر عقـــار

---

(١) راجع د/ محمد على عمران الوجيز عام ١٩٧٢ ص٣٢٢ •

يملكه بمبلغ ستمائه جنيه وعند تقديمـه وجـد أن ثمنـه يساوى ألف جنيـه فيحكم بتكملة الثمن ليكن ثمانمائه جنيه أى يدفع المشترى مبلغ مائتى جنيـه فقط .

ويعتبر فرق الثمن المحكوم به جزء من الثمن ويتمتع البائـع فـى استيفائه بامتياز البائع ويجب عليه قيده . وفضلا عن ذلك للبائـع أن يطلـب فسخ البيع لاخلال المشترى بالوفاء بالتزامه بدفع الثمن .ومما يجـب الاشـارة اليه فى هذا المقام أن المشرع فى الماده ٢/٤٢٦ مدنى نص على أنـه " لاتلحق هذه الدعوى ضـررا بالغير حسن النية اذا كسب حقا عينيـا على العقار المبيع " . يفهم من هذا النص أنه اذا حكم بفسـخ البيـع لعدم دفع فرق الثمن فان حكـم الفسخ يجـب ألا يضـر بالغيـر حسـن النيه . وهذا هو حكم القواعد العامـه الوارده فى المادة ١٧ شهـر عقارى (ان فسخ التصرف الوارد على عقار لايؤثـر على حـق الغيـر الـذى كسبه بحسن نيـة قبـل تسجيل صحيفـة دعـوى الفسـخ أو التأشير بهـا على هامش تسجيل التصرف المطلوب فسخـه ".

الباب الثاني

آثار البيع

تمهيد :

نشوء الالتزامات فى ذمة البائع والمشترى يرجع أساسا الى أن عقد البيع عقد ملزم للجانبين • فهو يلزم البائع بنقل ملكية المبيع فى مقابل التزام المشترى بدفع الثمن • وقد نظم التقنين المدنى المصرى (المادة ٤٢٨ مدنى) هذه الالتزامات • فالبائع يلتزم بنقل ملكية المبيع الى المشترى والتسليم لهذا الشىء المبيع وكذلك ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفيه •

والمشترى يلتزم بدفع الثمن ومصاريف عقد البيع وتسليم المبيع وسنعرض فيما يلى لهذه الالتزامات كل فى فصل خاص به •

الفصل الأول

التزامات البائع

رتب المشرع على عقد البيع فى جانب البائع (١) التزامات أولها : أن البائع يلتزم بنقل الملكية كما يلتزم أيضا بتسليم المبيع الى المشترى وبضمان حيازته للمبيع حيازة هادئة وانتفاعه به بما يحقق الغرض المقصود منه • ولذلك فان البائع ملتزم بما يسمى بضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفيه • وسوف نتناول كل من هذه الالتزامات فى مبحث خاص •

المبحث الأول

نقل ملكية المبيع

تمهيد :

المقصود بالمبيع (٢) :

قد يكون المبيع حق ملكية وهذا هو الغالب الأعم ولكن ليس هناك مايمنع أن يكون حقا عينيا آخر متفرعا عن الملكية مثل الانتفاع والرقبة والارتفاق والحكر • والتزام البائع بنقل الملكية يعنى قيامه بالأعمال الضرورية

---

(١) راجع د/ سليمان مرقص المرجع السابق ص٢٥٢ •
(٢) راجع د/ خميس خضر المرجع السابق ص١٠٨ •

لنقل ملكية الحق المبيع . فقد جاء نص الماده ٤٢٨ مدنى " يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع الى المشترى وأن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلا أو عسيرا ".

فكما سبق أن ذكرنا أن المبيع قد يكون حق ملكية أو أى حق آخر مالى منقول أو عقارى فينبغى أن نعرض لملكية هذه الحقوق المنقوله والعقاريه وسوف نتناولها فى مطلبين .

المطلب الأول

نقل ملكية الحقوق المنقوله

اختلاف طريقة انتقال الحق باختلاف الحقوق :

الحقوق المنقوله هى كل ماعدا الحقوق العينية التى تقع على عقار من الحقوق المالية . وتختلف طريقة انتقال الحق باختلاف الحقوق ذاتها

فاذ كان المبيع حقا شخصيا فنكون بصدد حوالة الحق . وقد عرض لها التقنين المدنى فى المواد من ٣٠٣ الى ٣١٤ مدنى . واذا كان الحق المبيع من الحقوق الوارده على أشياء معنويه كحق المؤلف فقد أحالت الماده ٨٦ مدنى فى تنظيم هذه الحقوق الى القوانين الخاصه بقولها " الحقوق التى ترد على شىء غير مادى تنظمها قوانين خاصه".

أما اذا كان المبيع حقا عينيا سواء كان حق ملكية أو غيره من الحقوق العينية المتفرعه عليه . فيجب التفرقه بين ما اذا كانت محلها شيئا معينا

بذاته أم شيئا معينا بنوعه • وسوف نعرض فيما يلي لكيفية نقل الشيء المعين بالذات والشيء المعين بالنوع •

أولا : نقل الحق العينى الوارد على منقول معين بالذات :

قاعدة انتقال الملكية بمجرد تمام العقد :

جاء نص الماده ٢٠٤ مدنى فنص على أن " الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بذاته يملكه الملتزم • وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقه بالتسجيل "•

ثم جاء نص الماده ٩٣٢ مدنى على أن " تنقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية فى المنقول والعقار بالعقد متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقا للماده ٢٠٤ مدنى وذلك مع مراعاة النصوص الآتيـة :ـ

يتضح من نص المادتين سالفتى الذكر أنه يشترط توافر عدة شروط لاعمال هذه القاعدة نوجزها فيما يلى :ـ

الشرط الأول : أن يكون محل الحق شيئا معينا بذاته :

لما كان الحق النعينى هو سلطة على شيء من ثم فلا يتصور وروده الا على شيء معين بالذات • والأشياء المعينة بذاتها هى التى تتحدد عن طريق بيان خصائصها وصفاتها ، وهى التى تختلف آحادها وتتفاوت ولايقوم

بعضها مقام البعض فى الوفاء • والملكية باعتبارها حقا عينيا لايرد الا على الشيء المعين بذاته • ومن أمثلة عدم التعيين بالذات أن يتم البيع مع خيار التعيين وفيه يكون التزام البائع التزاما تخييريا يشمل محله أشياء متعددة وتبرأ ذمته اذا أدى واحدا منها طبقا للمادة ٢٧٥ مدنى فاذا لم يكن المبيع معينا بالذات وقت ابرام البيع فكيف يمكن أن تنتقل الملكية من البائع الى المشترى فور ابرام العقد (١).

الشرط الثانى : أن يكون البائع صاحب الحق المبيع

وقد استقينا ذلك الشرط من صريح النص الوارد فى المادة ٢٠٤ مدنى " اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ".

وكذلك صريح نص المادة ٩٣٢ مدنى " ••••• متى ورد على محل مملوك للمتصرف •••••" وذلك جريا على الوضع الغالب وهو أن يكون المبيع حق ملكية ولكن بما أن المبيع قد يكون حقا عينيا آخر كحق الانتفاع فيجب أن يكون البائع هو صاحب الحق المبيع • وهذا تطبيق لقاعدة أن فاقد الشيء لايعطيه •

الشرط الثالث : ألا يعلق القانون انتقال الحق على القيام بعمل معين أو يتفق على تأخير انتقاله :

قد يعلق القانون نقل الملكية فى العقار على التسجيل ، وفى المنقول غير المعين بالذات على الافراز • ولما كانت قاعدة انتقال الملكية بمجرد

(١) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ص ١٥٣.

العقد من القواعد المكملة فيجوز للبائع والمشترى أن يتفقا في المبيع الذى يرد على منقول معين بالذات يملكه البائع على تأخير نقل الحق الى وقت لاحق . اما باضافته الى أجل واقف . كما لو بيعت سيارة على ألا تنتقل ملكيتها الا بعد شهر [١] واما بتعليقه على شرط واقف فلا تنتقل الملكية الا بعد تحقق الشرط الواقف ولكنها تنتقل عند تحققه بأثر رجعى أى مستنده الى وقت العقد .

تعليق انتقال الملكية على شرط الوفاء بالثمن :

قد يعلق المتعاقدان انتقال الملكية على شرط الوفاء بكل الثمن فلا تنتقل الملكية في هذه الحالة الى المشترى الا اذا نفذ التزامه ووفى بالثمن المتفق عليه فى البيع . ويذهب غالب الفقه الى القول [٢] بأن انتقال الملكية يكون فى هذه الحالة معلقا على شرط واقف هو الوفاء بكل الثمن . فاذا تحقق الشرط الواقف انتقلت الملكية الى المشترى من الوقت الذى تم فيه البيع لامن الوقت الذى تحقق فيه الشرط وذلك اعمالا لقاعدة الأثر الرجعى للشرط . فاذا لم توف جميع الاقساط جاز للبائع أن يطالب بفسخ البيع نظرا لاخلال المشترى بالتزاماته الناتجه عنه . وكان يجب أن يترتب على الفسخ اعادة المتعاقدين الى نفس الحالة التى كانا عليها قبل ابرام البيع أى أنه يجب على المشترى أن يرد المبيع للبائع وعلى البائع أن يرد الثمن للمشترى غير أنه يجوز للبائع مطالبة المشترى بالتعويض . وله فى سبيل ذلك أن يشترط فى البيع استبقائه لجزء من الثمن تعويضا له عن فسخ البيع اذا لم توف جميع الاقساط .

---

(١) راجع د/اسماعيل غانم ،المرجع السابق ص٩٠،د/جميل الشرقاوى،المرجع السابق فقره ٥٠.

(٢) يذهب الفقيه الفرنسى مازو الى أن هذا البيع هو بيع اقترن به شرطا فاسخ وآرجأ انتقال الملكية الى وقت لاحق (الوقت الذى يتم فيه الوفاء بكل الثمن

ومع ذلك يجوز للقاضى أن يخفض مقدار التعويض المتفق عليه طبقـا للمادة ٢/٢٢٤ مدنى اذا تبين له احتفاظ البائع لما قبضه من ثمن أو لجـزء منه لايتناسب مع ما أصابه من ضرر ناتج من الفسخ . على أن احتفاظ البائـع بالملكية الى أن يوفى المشترى بكل الثمن قد لايحقق للبائع الحماية المرجـوه. فاذا تصرف المشترى فى المبيع قبل وفاته بالثمن الى آخـر حسن النية . فليس للبائع أن يحتج قبل المتصرف اليه بحقه اعمالا لقاعدة الحيـازة بسبب وحسـن نية توجب الملك .

والسبب الصحيح هنا قوامه التصرف بين المشترى والمتصرف اليـه. واذا أضيف اليه حسن نية المشترى بمعنى عدم علمه بتعليق انتقال الملكيـة الى من تعاقد معه على شرط واقف (المشترى) هو وفائه بالثمن كله وعـدم تنفيذه لهـذا الالتزام ففى هذه الحالة تنتقل الملكية الى المتصرف اليه الأخـير بناء على القاعدة السابقة طبقا للمادة ٩٧٦ مدنى .

تطبيق قاعدة انتقال الملكية فى المنقول المعين بالذات على البيع الجـزاف

البيع الجزاف هو البيع الذى يعين فيه الشىء بذاته بصرف النظر عـن مقداره ولو أنه مما يحصل تعيينه عادة بتقديره بالعد أو الوزن أو المقاس أو الكيل. مثال ذلك بيع القطن الموجود فى مخـزن معيـن أو القماش الموجود فى بالـة معينه (١).

---

(١) راجع د/ جميس خضر ، المرجع السابق ص١١٦ ومابعدها .

ويعتبر البيع جزافا مادام لايلزم تقدير المبيع لتعيينه ولو لزم لتحديد ثمنه ، كما لو اتفق على بيع القطن الموجود فى مخزن معين بسعر معين للقنطار . فمثل هذا البيع يعتبر جزافا لأن الوزن غير لازم لتعيين المبيع بل لتقدير الثمن .

والمبيع فى البيع الجزاف معين بالذات ومن ثم تنتقل ملكيته الى المشترى بمجرد تمام العقد دون انتظار لحين تحديد مقدار المبيع . وقد نصت على ذلك المادة ٤٢٩ مدنى " اذا كان البيع جزافا انتقلت الملكية الى المشترى على النحو الذى تنتقل به فى الشىء المعين بالذات ويكون البيع جزافا ولو كان تحديد الثمن موقوفا على تقدير المبيع " .

ويتضح من العبارة السابقة " ..... على النحو الذى تنتقل به فى الشىء المعين بالذات " بأن المبيع فى البيع الجزاف غير معين بالذات ولكن الواقع غير ذلك فالشىء معين بالذات مادام لايحتاج فى تحديده الى تقدير ما (١).

ولايغير من اعتبار البيع جزافا أن يذكر فيه مقدار الشىء كأن يتفق على بيع القطن الموجود فى مخزن معين ويذكر فى العقد أن القطن مائة قنطار فذكر المقدار هنا لايلزم لتعيين المبيع فهو قد تعين بذاته أى بأنه القطن الموجود فى المخزن . وانما يقصد بذكر المقدار فى هذه الحالة أن يكون أساسا لرجوع كل من المشترى والبائع على الآخر بأحكام العجز أو الزيادة فى المبيع . أما اذا ورد البيع على قدر معين من قدر

(١) راجع الاعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٥ .

أكبر كبيع عشرة قناطير من القطن الموجود فى مخزن معين فلا يعتبر البيع جزافا لأن المبيع هنا ليس معينا بالذات .

ثانيا : **نقل الحق العينى الوارد على منقول معين بنوعه :**

انتقال الملكية بالافراز :

اذا كان المنقول معينا بنوعه لا بذاته كبيع مائة آردب من القمح من نوع معين فلا تنتقل الملكية بمجرد تمام عقد البيع بل بافراز المبيع وجعله بالافراز معينا بالذات ولو قبل التسليم (١) أما قبل الافراز فيقتصر آثر البيع على انشاء الالتزامات الشخصية . فيلتزم البائع بأن يقوم بما هو ضرورى لنقل الملكية اعمالا لنص المادة ٤٢٨ مدنى . فحتى يتعين الشىء بذاته يظل المشترى مجرد دائن وليس مالكا الا اذا تعين الشىء الذى ترد عليه الملكيه بذاته عن طريق افرازه (٢).

وقد نصت على ذلك المادتين ٢٠٥ ، ٩٣٣ مدنى ، فجاء نص المادة الأولى " اذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شىء لم يعين الا بنوعه فلا ينتقل الحق الا بافراز هذا الشىء . فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه . جاز للدائن أن يحصل على شىء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى أو دون الاستئذان فى حالة الاستعجال كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشىء من غير اخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض ".

---

(١) راجع " السنهورى جـ٤ ، المرجع السابق بند ٢٤٠ ، د/البدراوى ،عقد البيع ١٩٦٠ بند ١٦٤ ص ٢٤٠.

(٢) نقض فرنسى ١٩٢٨/١٠/٣١سيرى ١٩٢٩، د/اسماعيل غانم ،المرجع السابق ١٩٦٣ ص ١٣٠.

وقد تأكد ذلك فى المادة ٩٣٣ مدنى التى أقرت أن " المنقول الذى لم يعين الا بنوعه لاتنتقل ملكيته الا بافرازه " .

ويقصد بالافراز تحديد المبيع أى يجعله يتميز عن غيره من الأشياء التى من نوعه . ويتم الافراز بالطريقة التى تناسب الشيء بالوزن أو الكيل أو المقاس . ويجب أن يتم الافراز فى مكان التسليم باعتباره مقدمه له . مالم يتفق الطرفان على عكس ذلك ، وعموما فان مسألة تمام الافراز أو عدمه من المسائل الموضوعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضع (١) .

جزاء الامتناع عن الافراز :

تعرض المشرع لهذا الجزاء فى نص المادة ٢/٢٠٥ مدنى بنصه " اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير اخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض " . يفهم من هذا أن المشترى له المطالبة بالتنفيذ العينى أو التنفيذ بمقابل مع عدم الاخلال بالمطالبة بالتعويض .

---

(١) بلانيول وريبير وهامل ، المرجع السابق ص ٣٧٥.
د/ منصور مصطفى ، المرجع السابق بند ٦ ص ١٠١.

المطلب الثانى

نقـــل الحقوق العقاريـــة

انتقال الملكيـــة فى العقـــار :

لاتنتقل الملكية الا بالتسجيل وهذا المبدأ حرص المشرع على النص عليه فى المادتين ٢٠٤ ، ٩٣٤ مدنى فجـاء نص المادة الأولى " الالتزام بنقـــل الملكية أو أى حـق عينى آخـر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محـل الالتزام شيئا معينا يملكه الملتزم وذلك دون اخـلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل "

وجاء نص المادة الثانية " ١ — فى المواد العقارية لاتنتقل الملكيـــة ولا الحقوق العينيه الأخـرى سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كـان فى حـق الغير الا اذا روعيت الاحكام الواردة فى قانون تنظيم الشـــهر العقارى .

٢ — ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكـام والسندات التـــى يجب شهرها سواء كانت ناقلة للملكية أو غير ناقلة ويقرر الأحكـــــام المتعلقة بهـذا الشـهر .

وطبقا لهذه النصوص فان التزام البائع بنقل الملكية اذا كان محله عقـــارا فلا ينفـذ الا بتسجيل عقد البيع . ونظام التسجيل لاينطبق على البيــــع العقارى وحده بل يمتد الى كل التصرفات الناقلة للحقوق العينيه العقاريـــة والتصرفات الكاشفة لهذه الحقوق . وهـذا هو ماعنى بتنظيمه قانون الشهر العقارى ١٩٤٦ الذى نص فى المادة ٩ منه " جميع التصرفات التى من شأنها انشـــاء

حق من الحقوق العينيه العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبته لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار اليها لاتنشأ ولاتنتقل ولاتتغير ولاتزول بين ذوى الشأن ولا بالنسبة لغيرهم. ولايكون للتصرفات غير المسجلة من الاثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن

والسبب فى اشتراط التسجيل هو شهر الحق العينى الأصلى الوارد على العقار لكى يمكن الاحتجاج به فى مواجهة الغير ويتم التسجيل عن طريق اثبات كل البيانات الواردة فى المحرر الذى يراد شهره حتى يتيسر لذوى الشأن التعرف على جميع ماورد فى التصرف المسجل . وبهذا يختلف التسجيل عن القيد الذى يتم فيه ذكر البيانات الجوهرية فقط للتصرف المراد شهره واسم المدين والعقار المرهون والدين المضمون (١).

ومما هو جدير بالذكر أن نظام الشهر لايسرى على التصرفات القانونية أما الوقائع المادية فهى بحسب طبيعتها تستعصى غالبا على الشهر . ومع ذلك فان هناك واقعة مادية هامة تؤدى الى انتقال الحقوق العينيه العقارية وهى الموت وقد أخضعها المشرع لنظام الشهر فى القانون ١٩٤٦ (٢).

والشهر نظام واجب الاتباع بالنسبة للحقوق العقارية أما الحقوق الواردة على المنقول فقط جعل المشرع أساس الاعتراف بها قاعدة الحيازة فى المنقول بحسن نية هى سند الحائز .

---

(١) راجع د/سمير تناغو ،عقد البيع نشر منشأة المعارف بالاسكندرية ص ١٦٦.

(٢) راجع د/ لبيب شنب "بحث عام ١٩٧٢ "اكتساب الملكية بالتقادم فى ظل نظام الشهر الشخصى والعينى .

ومع ذلك فان هناك منقولات ذات طبيعة خاصة (١) يمكن أن يتبع بالنسبة لها نظام شهر يشبه نظام شهر العقار ومن أمثلة هذه المنقولات السفنيه ـ الطائره ـ المتجر .

نوعا الشهر :

يوجد فى كل دول العالم المتحضر نظامان لشهر الحقوق العينيه الوارده على عقار • هما نظام الشهر العينى والشهر الشخصى •ويختلف كل من النظامين عن الآخر من حيث طريقة الشهر وحجيته •

فنظام الشهر العينى : يتم على أساس العين ذاتها ولذلك سمى عينيا • فكل عقار تخصص له صفحة فى سجلات الشهر تدون فيها كل التصرفات التى ترد عليها • وبذلك لايمكن أن يشهر أى حق وارد على عقار الا ويكون معروفا من قبل سند المتصرف وكذلك كل الحقوق الأخرى الواردة على هذا العقار (٢).

أما الشهر الشخصى : يتم على أساس المتصرف ولهذا سمى شخصيا ومن ثم يتم ترتيب الحقوق الواردة على العقار بالنسبة لكل شخص يتصرف فى العقار بحسب آسمه • ويختلف النظامان من حيث حجية كل منهما • فنظام الشهر الشخصى هو نظام ادارى لايتم فيه التحرى عن صحة التصرف المراد شهره•

(١) راجع د/سمير تناغو " التأمينات العينيه على الطائرات مجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد٢ السنة السابعة ١٩٦٥ص٣٠٥•

(٢) راجع د/ السنهورى الوسيط جـ ٤ ص ٤٣٧ ، د/اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ١٣٣•

وقد يكون هذا التصرف صحيحا أو باطلا أو مزورا أو صوريا • فالشهر الشخصي لايصحح تصرفا باطلا ولايبطل تصرفا صحيحا •

وعلى خلاف ذلك فان نظام الشهر العينى هو نظام قضائى يشرف عليه قاضى • ولايسمح فيه بشهر تصرف الا بعد التحقق من سند التصرف وصحة التصرف • والشهر هو الذى يؤدى بذاته الى انتقال الحقوق واثباتها وتغيرها ولو أدى ذلك الى مساس بحقوق الغير • ولايكون للغير فى هذه الحالة الا الرجوع بالتعويض على الجهة القائمة بالشهر ذاتها • ومما لاشك فيه النظام الاخير يحتاج الى مسح جميع الاراضى وعدم تفتت الملكية الى ملكيات صغيه • وقد أخذت بهذا النظام استراليا – آلمانيا – سويسرا والعراق ويعرف هذا النظام بها باسم الطابو [١] أما فى مصر • فلا يعرف بها الا النظام الأول (الشهر الشخصى) رغم أنها حاولت ادخال الشهر العينى منذ أقرب من أربعين عاما [٢] • ويمكن تطبيق النظام العينى بالنسبة للأراضى الجديدة المستصلحة •

وقد مر قانون الشهر العقارى فى مصر بأربع مراحل تاريخيه لانرى مجالا لعرضها لأن هذا ليس مجال دراستها • بل نكتفى بذكر المراحل الاربعة ثم لمبدأ انتقال ملكية العقار فى ظل قانون الشهر العقارى المصرى (تطبيق نظام التسجيل على عقد البيع بصفة خاصة) •

---

(١) راجع د/ عبدالمجيد الحكيم ، شهر التصرفات العقارية فى القانون العراقى بحث بمعهد البحوث والدراسات ١٩٧٢•

(٢) راجع صدر القانون ١٤٢ لسنة ١٩٤٦ بنظام السجل العينى مكون من ٧٩ مادة •

تطـور نظام الشهر العقارى فى مصـر:

شهدت مصـر أربعة عهـود مختلفة تمثل كل منها مرحلة مستقلة من مراحل الهشر العقارى · وندرس من هـذه المراحل الأربعة فيما يلى :

المرحلة الأولى : الفترة السابقة على التقنين المدنى القديم :

قبل حركة الاصلاح القضائى فى مصـر لم يكن هناك نظام للشـــهر العقارى · ومن المعلوم أن فى عهـد محمد على كانت الأرض مملوكة للدولة ولـم يكن للأفراد عليها سوى حق انتفاع مؤقت مقابل دفع الضرائب (١)

ولم يكن حق الانتفاع ينتقل الى الورثـة ولم يكن من الجائز للمنتفعين أن يتصرفوا فى هذه الأرض حال حياتهم · وفى عام ١٨٥٨ أصدر ســعيد باشا اللائحة المعروفة التى سمحت للمنتفعين بالتصرف فى الأرض التى فى حيازتهـم بالبيع أو الرهــن أو غـير ذلك وسمحت كذلك بانتقال هذه الأرض الى ورثـــة المنتفـــع بها ·

وقد عرفت فى هذا الوقت نظام المكلفات الاداريه أى بيان الأشـــخاص المكلفين بدفع الضرائب على الأرض · وقد استخدم هذا النظام كوسيلة أيضا لشــهر الحقوق الوارده على هذه الأرض ·

وكان التصرف فى العقـار حال الحياة يتم فى حجة رسمية يقـــوم بتحريرها القاضى بحضور شهـود · وذلك بعد الحصول على ترخيص المديريـــة· ويقوم القاضى بعد ذلك بقيد التصرف فى دفتر خاص بقيد التصرفات ، ثم يســجل

(١) راجع د/ محمد عامر محجوب ، بحث مقدم لمعهد الدراسات العربيـــة القاهرة ١٩٧٢، مراحل شهر المحررات فى مصـر

التصرف بعد ذلك فى سجل خاص بالمديرية ولم يكن الحق ينتقل الا بعد أن يتم تسجيل التصرف فى المديرية • وكان القاضى قبل أن يقوم بتحرير الحجة الرسمية بالتحقق من صحة الحجج الأخرى السابقة التى بمقتضاها آل الحق للبائع • وكان البيع فى هذا النظام عقدا شكليا لايتم الا بتحريره فى حجة رسمية (١)

المرحلة الثانية : نظام الشهر فى ظل التقنين المدنى القديم :

أدخل التقنين المدنى القديم نظام الشهر الخاص متأثرا بالقانون الفرنسى الصادر فى ١٨٥٥ (٢) ولاتزال أحكام القانون المدنى القديم معمولا بها حتى الآن بالنسبة للتصرفات التى لها تاريخ ثابت قبل أول يناير ١٩٢٤ وهو تاريخ العمل بقانون التسجيل الذى سنذكره فيما بعد • وقد جاء نص المادة ٥٤ من قانون تنظيم الشهر العقارى لسنة ١٩٤٦ " لاتسرى أحكام هذا القانون على المحررات التى صدرت قبل هذا التاريخ • بل تظل هذه المحررات والأحكام خاضعة من حيث الآثار التى تترتب عليها لأحكام القوانين التى كانت سارية عليها " والمقصود بهذه الاحالة هو أحكام القانون المدنى القديم (٣) •

وسنعرض فيما يلى أوجه النقص التى انطوى عليها هذا النظام حتى يتضح لنا فى ذات الوقت أهم الأحكام التى جاءت به (٤) •

---

(١) راجع السنهورى ، الوسيط ج٤ ص ٤٤١ •
(٢) راجع د/مرقص ،المرجع السابق ص٢٩٠ ،د/اسماعيل غانم ،المرجع السابق ص١٣٥ ،د/لبيب شنب ود/مجدى خليل ص ٣٧٦ •
(٣) راجع المادة ١٤ من قانون التسجيل ١٩٢٣ •
(٤) راجع د/ سمير تناغو ، المرجع السابق ص ١٧١ •

١ – أول مايؤخذ على هذا النظام أنه نظام للشهر الشخصى بما ينطوى عليه هذا النظام من عيوب سبق ذكرها • وقد زادت جسامة هذه العيوب بسبب تعود جهات الشهر فلم يكن الشهر يتم أمام جهة واحد بل كان يتم أمام جهات متفرقة ، وكان من الجائز أن يتم أمام المحاكم المختلطة أو المحاكم الوطنية أو المحاكم الشرعية • وكان الشهر الذى يتم أمام المحاكم المختلطة يجعل التصرف نافذا بالنسبة للمصريين والأجانب • أما الشهر الذى يتم أمام غيرها من المحاكم فلا يجعل التصرف نافذا الا بالنسبة للوطنيين •

ولذلك كان يحرص الناس عادة على اتمام الشهر أمام المحاكم المختلطة وكان ينبغى اذن على صاحب الشأن اذا كان حريصا أن يتتبع شهر التصرفات على العقار الذى يريد أن يتعامل بشأنه فى كل الجهات المذكورة (١) •

٢ – لم يكن لهذا النظام حجية كاملة كما هو فى كل نظم الشهر الشخصى وقد زاد هذا العيب خطورة أنه لم يكن يتم أى فحص أو تحرى عن صحة المحررات على المحرر صحيحا لأنه لم يكن يطلب التصديق على التوقيع حتى يمكن شهر التصرف • فكانت كثيرا من التصرفات المشهرة باطلة أو سيئة فى تحريرها أو مزورة •

---

(١) راجع د/ محمد عامر محجوب ، المرجع السابق ، البحث السابق الاشارة اليه ص ٣٠.

٣ ـ هذا النظام فى الشهر كان لازما لانتقال الحقوق بالنسبة للغير أما فيما بين المتعاقدين فان الحق كان ينتقل بمجرد العقد ودون حاجة الى شهره • وكان يؤدى هذا النظام الى عدم شهر الكثير من التصرفات اطمئنانا الى أنه لن يتم التصرف فى العقار الى شخص آخر وكثيرا ما كان يخيب الظن فيتصرف البائع الأول فى العقار مرة آخرى الى مشتريان ويقوم هذا المشترى بتسجيل عقده فيضار المشترى الأول أبلغ الضرر (١) •

٤ ـ ان هذا النظام لم يكن يستلزم الشهر الا بالنسبة للتصرفات فيما بين الأحياء • أما الأسباب الآخرى لانتقال الحق كالميراث أو الوصية فأنها رغم أهميتها كانت تؤدى الى انتقال الحقوق العينية على العقار دون شهره • والوصية أيضا لم يكن يشترط شهرها لأنها ليست من التصرفات فيما بين الأحياء • وهكذا فان سببا من أهم أسباب انتقال الملكية لم يكن خاضعا للشهر • وقد أحدث ذلك ثغرة كبيرة فى النظام كله بحيث أصبح من الصعب متابعة تسلسل الملكيات فى العقار وهو ما أدى الى كثير من الصعوبات (٢) •

٥ ـ ان هذا النظام كان يوجب شهر التصرفات الناقله فقط أما التصرفات الكاشفه كالصلح مثلا لم يكن يستلزم شهرها • وقد أدى ذلك الى ايجاد ثغرة آخرى فى نظام الشهر العقارى •

---

(١) راجع مازو ج"٣" نظام الشهر العقارى الفرنسى بالتفصيل ص٦٤٢ ـ ٧٤٥ •
(٢) راجع د/ السنهورى ، الوسيط ج"٤" ص٤٤٨ •

٦ - ان هذا النظام لم يقسم الحقوق الواجبة الشهر تقسيما منطقيا من حيث اخضاعها لنظام التسجيل أو لنظام القيد • فهو قد آخضع الرهن الحيازى لنظام التسجيل وليس لنظام القيد • وبالنسبة لامتياز البائع فهو لم يشترط قيده اكتفاء بتسجيل عقد البيع (١).

٧ - وفى ظل هذا النظام استثنى القانون من قاعدة وجوب الشهر الأصول السالف ذكرها •

فالماده ٧٤٤/٦١٧ قررت أنه يستثنى من الأصول سالفة الذكر الموهوب له والموصى له بشيء معين فانهما لايجوز لهما الاحتجاج بعدم التسجيل على من حاز بمقابل ملكية حق قابل للرهن أو حق انتفاع بالاستعجال أو السكنى بعقد ذى تاريخ صحيح سابق على تسجيلهما •

المرحلة الثالثة : نظام الشهر فى ظل قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣

صدر هذا القانون فى ٢٣ يونيه ١٩٢٣ (٢) ولا زال ساريا حتى الآن بالنسبة للتصرفات التى تم شهرها فى ظله • ويؤكد هذا التعبير الماده ٥٦ من قانون الشهر العقارى ١٩٤٦ التى تقرر أن " جميع المحررات التى تم شهرها فى جهة من الجهات المختصة وفقا للقواعد السارية قبل العمل بأحكام هذا القانون تكون حجة على الكافة من وقت العمل بهذه الاحكام" •

(١) راجع د/ سمير تناغو التأمينات الشخصية والعينية ص٤٨٦ " امتياز البائع وضرورة قيده " •

(٢) يسرى هذا القانون من أول يناير ١٩٢٤ بحيث لايسرى على التصرفات أو الاحكام الثابته التاريخ قبل ذلك •

ولذلك فان معرفة أحكام قانون التسجيل ١٨ لسنة ١٩٢٣ لازالت هامه حتى الآن . وسوف نذكر فيما يلى أوجه النقص والاصلاح لهذا القانون .

أولا : أوجه الاصلاح :

(أ) : حتم نص الماده الأولى من هذا القانون شهر التصرفات سواء لانتقال الحق فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير .

(ب) : وأوجب نص الماده الثانية أيضا تسجيل الأحكام والعقود الكاشفه كالصلح والقسمة كى يمكن الاحتجاج بها فى مواجهة الغير .

(ج) : نظم هذا القانون فى المواد من (٧ـ ١٢) شهر دعاوى البطلان والفسخ والالغاء الرجوع ودعوى الاستحقاق . وجعل الاحتجاج بالحق الذى يثبت عن طريق هذه الدعاوى من تاريخ شهر صحيفة الدعوى وليس فقط من تاريخ شهر الحكم .

(د) : أوجب نص الماده ١٣ منه على ضرورة شهر حوالة الحقوق الشخصية المضمونه بتأمين عينى عقارى أو رهنها أو حلول دائن جديد فيها محل الدائن الأصلى فى الحق أو فى مرتبه الحق حتى يمكن الاحتجاج بأى تصرف من هذا القبيل فى مواجهة الغير .

(هـ) : أوجب هذا القانون تحرى الدقة فى تحرير التصرفات واجبة الشهر وأوجب بصفة خاصة التصديق على التوقيع فى كل التصرفات التى يتم شهرها تفاديا للتزوير .

ثانيـا : أوجـة النقـــص :

(أ) : ظلـت جهات الشهر متعدده • وبقى الشهر جائزا فى المحاكـم المتختلطه والشرعية والأهليـة • وكما سبق أن أوضحنـا فـان هذا العيب يجسم عيوب نظـام الشهـر الشخصى سواء من حيـث كيفيـة الشهـر أو مـن حيـث حجيتـه •

(ب) : لم يستوجب القانون شهر كل التصرفات والوقائع التـى تـؤدى الـى انتقال الحقوق • فهو استوجب ذلك بالنسبة للتصرفات بيـن الأحياء فقط • أمـا انتقال الحق بسبب الميراث أو الوصيـة فلم يشترط بشأنه أى تسجيل للاحتجاج به فى مواجهـة الغير وبذلـك لم تسد هذه الثغرة التى كانت موجوده فى القانون المدنـى القديـم

(ج) : لم يوجب القانون شهر القرارات الادارية التى تؤدى الى انتقال الملكيـة كمرسوم نزع الملكية وقرار توزيع أراضى طرح البحـر (١) •

(د) : لم ينص القانون على تسجيل صحيفة دعوى صحـة التعاقد • وقـد أدى ذلك بمحكمة النقض المصرية (٢) الى ادخال هذه الدعـوى ضمن دعاوى الاستحقاق التى يجوز تسجيلهـا رغم ما فى ذلـك من التجوز (٣) •

---

(١) راجع د/سمير تناغو " القرار الادارى سبب من أسباب اكتساب الملكيـة والحقوق العينية الآخرى عام ١٩٧٢ " •

(٢) را-ع نقض مدنى ١٩٣٣/٣/٢٣ مجموعة عمر ج"١" ص٦٣ ، ونقض مدنـى أيضا ١٩٧٦/١/٣١ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٨ص٢٨١ •

(٣) راجع د/ سمير تناغو " عقد البيع ، نشر منشأة المعارف " ص١٧٧ •

(هـ) : أبلغ عيب أتى به هذا القانون هو اقتصاره على تنظيم الشهر بالتسجيل وتركه قيد الحقوق العينية التبعية خاضعا للقانون المدني القديم اذ من غير المنطقي أن تتوزع قواعد الشهر بين أكثر من قانون واحد .

المرحلة الرابعة : قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ :

صدر هذا القانون (١) ليسرى على المحررات التى تتم ابتداء من تاريخ سريانه . أما المحررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير ١٩٤٧ فهى تكون خاضعة لقانون التسجيل ١٩٢٣ . وسنعرض فيما يلى لأوجه الاصلاح التى أتى بها هذا القانون :ـ

(أ) : وحد القانون جهة الشهر وأصبحت مكاتب الشهر العقارى منتشرة فى المدن والأقاليم وهى تتبع مكتبا رئيسيا بالقاهرة وهى المختصة دون غيرها بشهر التصرفات الواجبه الشهر (٢) .

(ب) : نسق هذا القانون بين نظام التسجيل ونظام القيد فأوجب التسجيل بالنسبة للحقوق العينية الأصلية والقيد بالنسبة للحقوق العينية التبعية . كما أوجب ضرورة قيد امتياز البائع لامكان الاحتجاج به

(ج) : أوجب هذا القانون شهر كل التصرفات والوقائع التى تؤدي الى انتقال الملكية ويشمل ذلك ليس فقط التصرفات فيما بين الأحياء بل التصرفات المضافة الي ما بعد الموت كالوصية والميراث الناشىء

---

(١) يسرى هذا القانون من أول يناير ١٩٤٧ .

(٢) راجع د/ محمد عامر محجوب ، البحث السابق ص٧ " لازالت اجراءات الشهر موزعة بين الشهر العقارى والمساحة"

عن الوفاه باعتباره واقعه مادية [1] وكذلك كل القرارات الادارية التي تؤدى الى انتقال الملكية .

(د) : أوجب القانون تسجيل دعوى صحة التعاقد والدعوى البوليصية والحوالة بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما .

ورغم كل هذه الاصلاحات فان نظام الشهر لازال نظاما شخصيا يتم فيه الشهر على أساس الأسماء وليس على أساس الأعيان محل الشهر على أساس الأسماء وليس على أساس الأعيان محل الشهر والواقع أنه تحول دون تطبيق نظام الشهر العينى عقبات كثيرة قد سبق التعرض لها [2].

تطبيق نظام التسجيل على عقد البيع بصفة خاصة :

سبق أن ذكرنا أن الملكية لاتنتقل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير الا بالتسجيل . وينطبق هذا الحكم سواء كان التصرف الناقل للملكية خاضع لأحكام قانون الشهر العقارى الصادر فى سنة ١٩٤٦ أو كان يخضع لقانون التسجيل الصادر فى ١٩٢٣ .

واذا كان التسجيل كما سبق لازم الآن لنقل الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أو الغير فيما هو أثر غير المسجل ؟ وما هو الأثر الذى يترتب على التسجيل ؟ وماهى وسيلة المشترى لاجبار البائع على اتمام اجراءات التسجيل فى حالة امتناعة ؟وما أساس فض التراحم بين المشترين ؟

---

(١) راجع نص الماده ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى " توجب شهر حق الارث بتسجيل اشهارات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية ".

(٢) راجع د/ محمد عامر محجوب المرجع السابق ص١٠ ومابعدها " العقبات التى تحول دون تطبيق الشهر العينى ".

كل هذه تساؤلات جديره بالاجابة عليها نعرض لها فيما يلى :ـ

أثر البيع غير المسجل :

لما كان التسجيل أصبح اجراء لابد منه لنقل الملكية الى المشترى فان هذا لايعنى أن البيع الوارد على عقار قد أصبح من العقود الشكلية بل انه لازال عقدا رضائيا • فالتسجيل ليس ركنا من أركان الانعقاد بل هو ضرورى فقط ليترتب على البيع أثر من آثاره وهو نقل الملكية •وفيما عدا نقل الملكية فان عقد البيع غير المسجل ينتج كافة آثاره الآخرى ويجب على البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الملكية الى المشترى • واذا امتنع البائع عن ذلك كان للمشترى اجباره قضاءا على تنفيذ هذا الالتزام مستخدما فى ذلك دعوى صحة التعاقد • ويجب على البائع أن يسلم المبيع الى المشترى وليس له أن يمتنع عن ذلك بدعوى أن الملكية لم تنتقل بعد الى المشترى وللبائع مطالبة المشترى بثمار المبيع من اليوم الذى كان يجب أن يتم فيه التسليم •

فليس للبائع أن يقيم على الأرض المبيعة مبانى أو منشآت آخرى • واذا فعل ذلك فانه يعامل معاملة من يبنى فى ملك غيره ، وأما اذا كان من قام بالبناء هو المشترى فانه لايعامل نفس المعاملة • اذ أن التزام البائع بتسليم المبيع الى المشترى يعطى لهذا الأخير أن ينتفع به • ومن قبيل هذا الانتفاع اقامة المنشآت أو زراعة الارض (١) وللبائع أن يطالب بتثبيت

---

(١) راجع د/ جميل الشرقاوى المرجع السابق ص١٦٤ •

ملكيته فى مواجهة الكافة عدا المشترى لأن ذلك يعتبر منه تعرضا شخصيا له والبائع ضامن لهذا التعرض سواء كان شخصيا أم غير من الغير (١) ويرتب عقد البيع غير المسجل عدة التزامات فى جانب المشترى (٢) فيجب عليه الوفاء بالثمن الا اذا كان هناك اتفاق على ارجاء دفعه الى وقت لاحق • وللمشترى الدفع بعدم التنفيذ اذا كان التزام بنقل الملكية الى المشترى حال ولم يقم بتنفيذه •

التنازع بين المشترى من المورث والمشترى من الوارث :ـ

سبق أن قدمنا أن الملكية فيما بين المتعاقدين لاتنتقل الا بالتسجيل متى كان البيع واردا على عقار • فاذا باع شخص لآخر عقارا ثم مات البائع قبل أن يقوم المشترى منه بالتسجيل فلا تكون الملكية قد انتقلت بعد الى المشترى ويظل العقار المبيع فى ملك البائع وينتقل الى الورثه فاذا تصرف أحد الورثة فى هذا العقار وباعه مرة آخرى ثم قام المشترى منه بالتسجيل لهذا العقار مع افتراض شهر حق الارث طبقا للماده ١٢ من قانون الشهر العقارى • فهل يفضل المشترى من المورث الذى لم يسجل عقده أم المشترى من الوارث الذى قام بالتسجيل •

والقاعدة العامه أنه فى حالة التزاحم بين المشترين يفضل منهم السابق

---

(١) راجع د/ السنهورى الوسيط ج٤ فقرة ٨٠ ، د/ منصور مصطفى المرجع السابق ص١٦١ ، ونقض مدنى ١٨/١٢/١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ص٧٧٦ قاعدة ١٠٢ •

(٢) راجع د/ محمد لبيب شنب ، د/ مجدى خليل المرجع السابق ص١٢٤ •

فى التسجيل . فلا شك أن المشترى الثانى من الوارث هو الذى تنتقل اليه الملكية طالما أنه السابق الى التسجيل .

غير أنه أثر المشترى من المورث بدينه باعتباره دائنا للتركه عملا بالماده ١٤ شهر عقارى قبل أن يسجل المشترى من الوراث عقده أو حتى بعد التسجيل بشرط أن يتم ذلك فى خلال سنة من تاريخ تسجيل الورثه اشهار الوراثة كان له أن يحتج بحقه على كل من يتلقى من أحد الورثة حقا عينيا على المبيع ولو كان قد سبق شهره على هذا التأشير طالما أنه كان خلال سنة كما سبق القول . وفى حالة عدم اتمام ذلك من مشترى المورث فان الأفضلية تكون تبعا لأسبقية الشهر (١) أى الأفضلية تكون للمشترى من الوارث فى هذا الغرض وليس أمام المشترى من المورث سوى مطالبة الورثة بالتعويض ان كان هناك مجال للمطالبة به .

الأثر الذى يترتب على التسجيل :

يترتب على التسجيل انتقال الملكية سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير . ويجب على المشترى القيام بالتسجيل حتى تنتقل اليه الملكيه ويأمن بذلك تصرف البائع له الى مشتر آخر يسجل عقده .

ويجب على البائع أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الملكية كأن يقدم

---

(١) راجع د/ السنهورى المرجع السابق فقره ٢١٣ ، ونقض مدنى ١٩٥٣/٦/١٤ الطعن ٣٥٦ السنة ٢٠ ق .

للمشترى المستندات اللازمة لنقل الملكية وأن يوقع على العقد أمام الموظف المختص بجهات التصديق • واذا توفى البائع التزم الورثة باتمام اجراءات التسجيل النهائى •

وقد ذهب بعض الفقهاء (١) الى الملكية لاتنتقل الى المشترى بالتسجيل وحده بل يجب أن يكون البيع صحيحا • فاذا كان البيع باطلا لأى سبب فانه لايصلح فى حد ذاته لكى تنتقل به الملكية ولو مسجل • فالقاعدة فى ظل قانون الشهر العقارى أن التسجيل لايصحح العقد الباطل أو القابل للابطال • بل يجوز لمن يكون له مصلحة فى تقرير البطلان أو القابلية للابطال أن يتمسك به ففى ظل الشهر الشخصى لايترتب على التسجيل تصحيح العقد الباطل أو القابل للابطال (٢) •

وقد أوجب المشرع فى الماده ١٥ شهر عقارى حماية للغير الذين قد يتعاملون مع المشترى فى الفترة مابين التسجيل والحكم ببطلان التصرف الناقل للملكية أو فسخه تسجيل الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا • ويكون ذلك بالتأشير بهذه الدعاوى على هامش تسجيل البيع • فاذا كان المحرر لم يشهر وجب تسجيل تلك الدعاوى •

ويترتب على تسجيل هذه الدعاوى على النحو الوارد فى المادة ١٥ شهر عقارى أن حق المدعى اذا تقرر بحكم مؤشر به طبقا للقانون يكون حجة

(١) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ، ص١٨٥ •

(٢) راجع د/منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ص١١٣ ، د/لبيب شنب ومجدى خليل ، المرجع السابق فقرة ٨٢ •

على من ترتبت لهم حقوق عينيه ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ولايكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار اليهما .

ولايفوتنا التنويه الذى استحدثه المشرع فى القانون ٢٥ لسنة ١٩٧٦ المعدل لقانون الشهر العقارى ١١٤ لسنة ١٩٤٦ وذلك فى المادة ٣/١٧ منه (١) فقد أوضح الواقع العملى أن الكثير من أصحاب الشأن يكتفون بتسجيل الصحيفة دون تسجيل الحكم والتأشير به بعد ذلك . باعتبار أن هذا جائزا فى أى وقت وأنهم لن يضاروا بسبب هذا التراخى لأن التأشير بالحكم بعد تسجيله سوف يرجع أثره الى وقت تسجيل الصحيفة . أى أن حق المدعى يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينيه ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها (م ١/١٧) وقد أدى ذلك الى اضطراب المعاملات وعدم استقرارها .

ولذلك استحدث المشرع حكما يقضى بعدم سريان الأثر الرجعى الذى تقرره المادة ١/١٧ شهر عقارى على الأحكام التى يتم التأشير بها بعد مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا الحكم المستحدث أيهما أطول (٢) .

انتقال الحق بالتسجيل " رفض فكرة الأثر الرجعى :

لما كانت الملكية فى البيع العقارى لاتنتقل الا بالتسجيل سواء فيما بين المتعاقدين أو الغير فذهب غالب الفقه (٣) الى أن التسجيل ليس له أثر رجعى

(١) راجع د/ مصطفى عدوى ،المرجع السابق ص ١٨٩ .
(٢) تقرير اللجنة التشريعية عن مشروع القانون ٢٥ لسنة ١٩٧٦ فقرة ١٢ .
(٣) راجع د/منصور مصطفى،المرجع السابق فقرة ٧١ ،د/لبيب شنب،د/مجدى خليل ،المرجع السابق ص ١٢٦ ،د/جميل الشرقاوى فقرة ٥٤ .

بمعنى أن الملكية لاتنتقل الا من تاريخ التسجيل دون أن ترتد الى الوقت الذى أبرم فيه البيع . فلا يعتبر انتقال الملكية من البائع الى المشترى معلق على شرط واقف هو التسجيل واذا تحقق هذا الشرط تنتقل الملكية الى المشترى بأثر رجعى اعمالا لفكرة الأثر الرجعى للشرط .

ومع ذلك فقد شايع أستاذنا الدكتور / السنهورى فى الوسيط (١) القول بأن التسجيل له أثر رجعى فمتى تم التسجيل انتقلت الملكية الى المشترى وارتد تاريخها الى الوقت الذى تم فيه البيع .ويقرر أن هذا هو الذى يتفق ومقتضيات الصياغة القانونية . ويفسر الكثير من الحلول التشريعية .ولكن يصعب التسليم بهذا الاتجاه الأخير وذلك للأسباب الآتيه (٢) :

أولا : أن القول بوجود أثر رجعى للتسجيل يترتب عليه انتقال الملكية فى تاريخين مختلفين . بينما الملكية لاتنتقل الا بالتسجيل سواء فيما بين المتعاقدين أو الغير . وهذا هو الذى أراد المشرع تجنبه عندما قرر مبدأ انتقال الملكية فى البيع العقارى من تاريخ التسجيل .

ثانيا : أن المذكرة الايضاحية (٣) لقانون الشهر العقارى قررت بأن الحقوق العينيه المشار اليها فى المادة ١٤ من هذا القانون لاتنشأ ولاتنتقل ولاتتغير ولاتزول الا بالتسجيل ومن تاريخ التسجيل .

ثالثا : لايمكن القول بأن التسجيل يعتبر شرطا واقفا وبتحققه تنتقل الملكية من البائع الى المشترى لا من الوقت الذى تحقق فيه الشرط ولكن

---

(١) راجع السنهورى ، الوسيط جـ٤ فقرة ٢٨٢.

(٢) راجع د/محمد على عمران ،المرجع السابق ص١٨٧ومابعدها.

(٣) المذكرة الايضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى ١١٤ لسنة١٩٤٦فقرة ١٧

منذ ابرام البيـــع • فالشرط سواء كان واقفا أو فاسخا لايكـــون الا فى منطقة الارادة وأما حيث يرتب القانون حكما معينا على اجـــراء معين فان هذا الحكم أو الأثـر لايقع الا من تاريخ وجـود ســـببه وليس من المنطقى أن يسبق السبب بـــل أن العكـــس هـــو الصحيح • فلا تنتقل الملكية اذن الا بالتسجيل وقد ذهبت محكمـــة النقض (١) الى القضـــاء فى آحـد أحكامهـا بأن " التسجيل يترتب عليـه أثره من تاريخ حصوله ولايرتد الى تاريخ سابق عليه ".

رابعا : لو أراد المشرع أن يكون لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين بالتسـجيل آثـر رجعـى لنص على ذلك كما فعل صراحة نص المادة ١٧ شـــهر عقارى عندما رتب على تسجيل الدعاوى المنصوص عليها فى المادة ١٥مـــن ذات القانون أو التأشير بها أن يكون للمدعى اذا ماحكم له بحق مؤشـــر به طبقا للقانون أن يحتج بحقه على من تترتب لهم حقوق عينيـــــه ابتداء من تاريخ تسجيل الدعـوى أو التأشير بها (٢) .

التسجيل فى البيوع المتتاليـــه :

اذا تعددت البيوع الواردة على عقار فهل يكفى لانتقال ملكيته الـــــى مشتريه الاكتفاء بتسجيل العقد الأخـير أم أنه يجب تسجيل كافة البيـوع الواردة عليه ؟ تجيب المادة ٧١٩ مدنى ملغى على ذلك بأنه يكتفى بتسجيل العقـــد الأخير ولو كانت البيوع السابقة عليه غير مسجلة • الا أن يؤدى الى اضطـراب

(١) نقض مدنى ١٩٤٩/١٢/٢٢ مجموعة أحكام النقض رقم ٣٥ ص ١١٨.

(٢) نقض مدنى ١٩٦٧/٤/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ، ص٨٢٨.

وزعزعة للثقة فى المعاملات العقارية فقد يتصرف المالك الأصلى فى العقار الذى سبق له التصرف فيه الى شخص آخر • وفى ظل نظام الشهر الشخصى لايستطيع المتصرف اليه الأخير أن يدرك أنه يتعامل مع غير مالك ولذلك جاء قانون التسجيل الصادر فى عام ١٩٢٣ معدلا لذلك وقرر أن الملكية فى العقار لاتنتقل فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير الا بالتسجيل

والبناء على ماتقدم اذا تعددت البيوع لايكفى أن يسجل العقد الأخير بل لابد من تسجيل كافة البيوع المتوالية (١).

واذا لم يستطيع المشترى الثانى أن يسجل عقده وكان السبب فى ذلك هو عدم تسجيل البائع له (المشترى الأول) فهل يجوز للمشترى الثانى أن يرفع على البائع الاصلى دعوى صحة التعاقد بالنسبة الى البيع الصادر منه الى المشترى الأول أم أنه ليس للمشترى الثانى ممارسة هذا الحق حيث لاتوجد بينه وبين البائع الأصلى علاقة تعاقدية ؟ الراجح فقها وقضاء (٢) أنه يجوز للمشترى الثانى أن يرفع على البائع الاصلى هذه الدعوى وهو لايرفعها باسمه الشخصى حتى لاتكون الدعوى مباشرة • والدعوى المباشرة لاتكون الا بنص فى القانون • ولكنه يرفعها باسم مدينه (المشترى الأول) أى دعوى غير مباشرة •

ومع ذلك فانه يلاحظ أنه لايكون للدائن أن يستعمل حقوق مدينه الا اذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من

---

(١) د/البدراوى ،الوجيز ص١١٨٣ ،د/لبيب شنب،د/مجدى خليل ،المرجع السابق ،فقرة١١٢ ،د/اسماعيل غانم،المرجع السابق فقرة١١٧.

(٢) نقض مدنى٢٧/١٢/١٩٥١ "يجوز للمشترى رفع هذه الدعوى على البائع له والبائع الأصلى لكى يفصل فى صحة العقدين ".

شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد في هذا الإعسار (م ٢/٢٣٥ مدني) ، وقد لايكون من شأن عدم أستعمال المشتري الأول لحقه إعساره أو زيادة في إعساره . لذلك ذهب جانب من الفقه (١) الي أن الدعوي التي للمشتري الثاني قبل البائع تكون هي نفس الدعوي التي كانت للمشتري الأول قبل هذا الأخير . وقد أنتقلت هذه الدعوي من المشتري الأول الي المشترى الثاني بأعتباره خلفاً خاصاً له إذ أنها تعتبر من مستلزمات الشئ الذي أنتقل اليه إعمالاً لنص المادة ١٤٦ مدني .

أحكام دعوى صحة التعاقد : –

نظراً لشيوع هذا النوع من الدعاوى فى المجال التطبيقى ، فسوف نعرض لتفاصيل دقيقة حول المشكلات العملية التي تثيرها فى هذا المجال .

ماهية دعوى صحة التعاقد :

قبل الدخول في تحديد ماهية هذه الدعوي ، يجب الإشارة الي أن هناك العديد من المشكلات العملية الهامة أثارها صدور القانون ٦ لسنة ١٩٩١ الذى عدل قانون الرسوم والشهر العقارى رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ وقانون المرافعات المدنية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ . ومن ثم سوف نخصص مساحات واسعة فى هذا المؤلف للوقوف على هذه المشكلات وأخصها « تطبيق القانون من حيث الزمان .. الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم شهر صحيفة الدعوى –

---

(١) راجع د ./ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ١٦٥

الدعاوى الواجبة الشهر - الدعاوى غير الواجبة الشهر » .

ونود الإشارة أيضاً إلى أن دعوى صحة التعاقد ليست قاصرة على عقد البيع فقط وإنما تتسع لكافة أنواع الشعقود والتصرفات سواء تلك الواردة علي الحقوق العينية الأصلية أو التبعية مع عدم الإخلال بشرط الرسمية فى بعض التصرفات (١) . ويقصد بدعوى صحة التعاقد أو صحة ونفاذ عقد البيع أنها دعوى ملكية بحسب المال لمواجهة الأحوال التي يمتنع فيها البائع عن إتمام اجراءات التسجيل . أمام موثق الشهر العقارى .

وقد ذهبت محكمة النقض (٢) إلى أنه يقصد بدعوى صحة التعقاد أنها دعوى استحقاق بحسب المال قصد منها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية الى المشترى عيناً والحصول علي حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية عملاً بالمادة ٢٣٠ مدنى » . وقد أحجم المتقاضون عن استعمال هذه الدعوى عن ماسبق فكانت تمثل ٥٠٪ من عدد القضايا المنظورة فى ساحات القضاء ، ولعل ذلك يرجع الى صدور القانون ٦ لسنة ١٩٩١ الذى أوجب شهر صحيفة الدعوى للحكم بصحة ونفاذ عقد البيع . وهذا يقتضى دفع الأمانة القضائية الواردة فى المادة ٢٤ مكرر من قانون الرسوم والتوثيق رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ المعدل والتى بلغت ٢٥٪ من الرسم النسبى - وتحول المتقاضى الى الإكتفاء بالحصول على حكم بصحة التوقيع على التصرف.

(١) أنظر المستشار / يحى إسماعيل مجلة نادى القضاء عام ١٩٩٢ - ص ٦٢ العدد الأول .

(٢) أنظر نقض مدنى ٢٢ / ٥ / ١٩٨٩ الطعن ١١٥٨ السنه ٥٢ ق .

وهذا الأخير لايصلح سند لنقل الملكية والخضوع لإجراءات الشهر العقارى ، حيث أنه يمثل دعوى تحفظية على يالتوقيع فقط دون ما خوض فى موضوع المحرر ذاته الناقل للملكية . ولنا عودة تفصيلية فى القاء الضوء على أحكام دعوى صحة التوقيع .

الدعاوى الخاصة لشهر الصحيفة :

بصدور القانون ٦ لسنة ١٩٩١ الذي عدل نص المادتين ٦٥/٢ ، ١٠٣/٢ مرافعات . وقد جاء نص الأولى « ولا تقبل دعوى صحة التعاقد علي حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا أشهرت صحيفتها» .. وجاء نص الثانية « ... ومع ذلك إذا كان طلب الخصوم يتضمن إثبات اتفاقهم على صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية ، فلا يحكم بالحاق ما أنفقوا عليه كتابة أو شفاهة بمحضر الجلسة إلا إذا تم شهر الإتفاق المكتوب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذي أثبت فيه الأتفاق » .

ثم جاء نص المادة ١٢٦ مكرر مرافعات « ولا يقبل الطلب العارض أو طلب التدخل إذا كان محله صحة التعاقد علي حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا تم شهر صحيفة هذا الطلب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذى أثبت فيه » .

ومن جماع هذه النصوص المشار اليها سلفا ماهى الدعاوى التى تخضع لنظام شهر الصحيفة الذى أوجبه المشرع فى هذه النصوص والتى وضع لها جزاء متعلق بالنظام العام وهو عدم قبول الدعوى . والنص يخاطب

المحكمة بصيغة الوجوب وليس الجواز . هل شهر الصحيفة يقتصر علي دعوى صحة ونفاذ عقد البيع أم أن هناك دعاوى أخرى تخضع له ؟

فى واقع الأمر أى هذا النظام لايقتصر بطبيعة الحال على دعوى صحة ونفاذ عقد البيع فقط وإنما يتع نطاقه كما ذهب البعض (١) إلى تطبيقه على الدعاوى المتعلقة بالعقود التالية :

١ - العقود الناقله لحق عينى عقارى أصلى : -

لا يقتصر عقد البيع على حسن الملكية بل يمتد ليشمل حق الانتفاع أو الاستعمال أو السكن أو الارتفاق . ومن الحقوق الناقلة للملكية إلى جانب البيع ويرى تسجيل صحيفه دعواها فى حالة اقامة دعوى صحة التعاقد عقد المقايضة فى العقار والوفاء بمقابل إذا كان هذا المقابل عقاراً . وعقد الشركة إذا كان هذا المقايبل عقاراً . وعقد الشركة إذا كانت حصة الشريك فيها عقاراً كذلك .

٢ - العقود المنشئه لحق عينى عقارى أصلى :

من المعلوم سلفا أن الحق العينى العقارى يشمل الملكية والحقوق المتفرعة عنها متمثل الانتفاع والاستعمال والاستغلال والسكن . فإذا آثار نزاع حول هذه ورفع بشأنه دعوى اثبات التعاقد أو صحة ونفاذ هذه العقود فإنه يجب تطبيطق أحكام المادة ٦٥ / ٢ مرافعات أى شهر صحيفه الدعوى .

---

(١) أنظر المستشار / يحيى اسماعيل المرجع السابق ، ص ٦٦ .

٣ - العقود المعدلة أو المنهية لحق عينى عقارى أصلى :

يقصد بتقرير الحق العينى العقارى أن يكون هناك مثلا عقد يغير مدة الارتفاق أو عقد يجعل الملكية قابلة للتصرف بعد أن كلنت مقترنة بشرط مانع للتصرف ، فإن تلعقود كذلك تخضع لنظام شهر الصحيفة كما سبق القول . وأما عن العقود المنهية للحق العينى العقارى مثل عقد التفاسخ أو أنهاء حق الأستعمال أو الإرتفاق فإن المنازعة حول هذه العقود ورفع دعاوى بصحة التعاقد يجعل صحيفتها مندرجة تحت أعمال نص المادة ٢/٦٥ مرافعات يوجب شهر صحيفتها .

٤ - العقود الكاشفة : -

يقصد بالعقود الكاشفة أى التى تكشف عن أثر ما مثل القسمة وعقد الصلح على عقار ، فإن هذه العقود تعتبر كذلك فى نطاق أعمال نص المادة ٢/٦٥ مرافعات ، وكذلك عقد الرهن الحيازى والطلبات الضمنية مثل طلب التسليم للعقار نفاذاً لعقد الرهن الحيازى أو البيع أو التمكين من الأنتفاع وذلك لأن البت فى هذه الطلبات يتضمن الوقوف على أمر العقد من حيث توافر شرائطه القانونية .

الدعاوى غير الواجبة الشهر :

لا يخضع نص المادة ٦٥ / ٢ مرافعات التصرفات والعقود التى تقام عنها الدعاوى التالية : -

١ – دعاوى البطلان المطلق والنسبى .

٢ – دعاوى الصورية .

٣ – دعاوى الفسخ فى العقود الملزمة للجانبين والإنفساخ .

٤ – التصرفات الصادرة من جانب واحد مثل الوصية والوقف .

٥ – التصرفات الكاشفة مثل إقرار المالك الحقيقى للعقد فى حالة بيع ملك الغير والإقرار الصادر باجازة العقد القابل للإبطال . والأقرار الصادر من الغير بالملكية .

٦ – العقود الواردة على الحقوق الشخصية مثل دعوى صحة عقد الإيجار وصحة عقد بيع السيارة باعتبارها منقول .

تطبيق القانون ٦ لسنة ١٩٩١ من حيث الزمان : –

نشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية (١) فى ١٩٩١/٣/١٣ وجعل المشرع سريانه من اليوم التالى لتاريخ النشر . أى أنه واجب التطبيق من ١٩٩١/٣/١٤ بأثر فورى ومباشر على جميع الدعاوى التى ترفع من هذا التاريخ ، ولا يجوز تطبيقه بأثر رجعى ، لأن المادة ٢ من قانون المرافعات ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل أوجبت « كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحاً

(١) نشر القانون ٦ لسنة ١٩٩١ فى الجريدة الرسمية ، العدد ١٠ مكرر فى ١٩٩١/٣/١٣ .

في ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً مالم ينص على غير ذلك » ، وبالترتيب على ماتقدم فإن دعاوى صحة التعاقد التى كانت مقبولة عند رفعها قبل تاريخ العمل بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ لاتخضع لنص المادة ٢/٦ مرافعات . وما يسرى على الدعاوى الأصلية يسرى على الطلبات العارضة .

وقضت محكمة النقض فى هذا الصدد (١) « أن الدعاوى تخضع من حيث شروط قبولها وإجراءاتها للقانون السارى وقت رفعها » .

الجزاء على عدم شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد :

يتضح بجلاء من التعديل التشريعي الوارد فى المادتين ٥ ، ٦ من القانون ٦ لسنة ١٩٩١ الذى عدل المواد ٦٥ / ٢ ، ٢/١٠٣ ، ١٢٦ مكرر مرافعات أن المشرع خاطب المحكمة بصيغة الوجوب ، ويمكن ذلك كما جاء بنص المادة ٢/٦٥ مرافعات « ولا تقبل دعويصحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا أشهرت صحيفتها ، والمادة ٢/١٠٣ مرافعات « ... ... فلا يحكم بالحاق ما أتفقوا عليه كتابة أو شفاهة بمحضر الجلسة إلا إذا تم شهر الإتفاق المكتوب ... ... الخ النص » .

وأيضاً المادة ١٢٦ مكرر مرافعات « لايقبل الطلب العارض أو طلب التدخل إذا كان محله صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا تم شهر صحيفة هذا الطلب ... ... الخ النص » .

---

(١) أنظر نقض مدنى فى ١٧ / ١ / ١٩٩٢ ، السنة ٣٣ ص ١٢٥ .

من جماع هذه النصوص نجد أن المشرع وضع جزاء هو عدم قبول الدعوى بعدم شهر صحيفتها (١) ، فما هى طبيعة هذا الدفع القانونية وما حجية الحكم الصادر فيه .. كل هذه مسائل عملية هامة يجب التصدي لها بالبحث والتأصيل على النحو التالى : -

- أ - طبيعة الدفع بعدم القبول :

• هذا الدفع من الدفوع المتعلقة بالنظام العام ، ويترتب على ذلك أن المحكمة من تلقاء نفسها يجب عليها التصدى له ، ولكل ذى مصلحة التمسك به ، ويجوز التمسك به فى أى مرحلة كانت عليها الدعوى حتى ولو أمام المحكمة الأستئنائية . وهو دفع ببطلان الإجراءات الموجهة للخصومة . وبذلك يكون من الدفوع الشكلية التى توجه الى إجراءات الدعوى وليس له صلة بالموضوع ، وبالتالى لايترتب عليه إنهاء النزاع فى موضوع الحق . ومن ثم فالحكم به لاتستنفذ به المحكمة سلطتها فى الموضوع . وإذا أثير أمام المحكمة الأستئنائية ونص بعدم القبول يجب عليها إعادة الدعوى من جديد للفصل فيها من محكمة الدرجة الأولى ، ولا يجوز للمحكمة عندما تبحث الدفع أن تقرر ضمه الى الموضوع ، فلا بد أن يفصل فيه على استقلال .

---

(١) يجب الوقوف على أن القيد التشريعى الوارد فى المواد ٢/٦٥ ، ٢/١٠٣ ، ١٢٦ مكرر مرافعات والخاص بشهر صحيفة الدعوى على هذا النحو هو قيد على حق اللجوء الى القضاء وهو أخص الحقوق الدستورية العامة ، ومن ثم يجب ألا يتوسع فى تفسيره ولا يقاس عليه .

حجية الحكم الصادر فى الدفع بعدم القبول :

الدفع بعدم القبول - كما ذهب البعض - (١) ، أنه دفع يمثل عائق مؤقت للدعوى وينحصر أثره فى الغاء اجراءات الخصومة من حيث الشكل فقط ولا صلة له بموضوع النزاع . ومن ثم إذا صدر حكم بعدم قبول الدعوى فلا يترتب عليه حسم النزاع فى موضوع الحق وإنهاء النزاع . ولا يجوز الدفع بعدم جواز نظر الدعوى السابقة الفصل فيها طبقاً للمادة ١ إثبات ، ويظل الحق فى شهر الصحيفة قائماً أمام محكمة الدرجة الأولى حتى قفل باب المرافعة فى الدعوى سواء كاتب المرافعة الشفوية أو الكتابية . ولكن لايجوز تصحيح الشكل بشهر الصحيفة أمام المحكمة الأستئنافية لأن الدعوى، إن كانت تنتقل بحالتها أمام الدرجة الثانية ، فإنها غير مقبوله أمام محكمة الدرجة الأولى .

(١) أنظر المستشار / يحيي اسماعيل ، المرجع السابق ، ص ٧٠ .

فقد يخشى المشترى انكار البائع التوقيع الصادر منه والثابت على عقد البيع فيلجأ الى حماية نفسه برفع دعوى صحة التوقيع هذه فالغرض منها مجرد اثبات واقعة مادية هى صحة توقيع البائع على المحرر فهى من ثم ليست دعوى موضوعية بل أنها دعوى تحفظية يفصل فيها القاضى دون أن يتعرض لموضوع الحق . ومما هو جدير بالاشارة اليه هنا أن هذه الدعوى ليست من الدعاوى الواجبة الشهر (١) ولايمكن اللجؤ الى هذه الدعوى الا اذا كان البيع ثابت فى محرر . أما اذا كان قد تم شفاهة فلا يمكن اللجؤ اليها . وبعد التعديل الذى أدخله المشرع كما سبق أن ذكرنا على نص الماده ٢/٦٥ من القانون ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل بقانون ٦ لسنة ١٩٩١ والذى الزم فيه المحكمة بعدم القبول وهو متعلق بالنظام يجب على المحكمة من تلقاء نفسها القضاء به تحول الكثير من المتقاضين الى رفع هذه الدعوى بدلا من اتباع اجراءات دعوى صحة التعاقد .اذ أن فيها عناء من الجهد والمال .

الفرق بين دعوى صحة التعاقد وصحة التوقيع :

يتبين لنا مما سبق أن دعوى صحة التعاقد هى دعوى موضوعية يقوم فيها الخصوم دفعا وردا بالبحث فيما انعقد عليه رضاؤهما ، ويصدر الحكم فيها قاطعا بماهية هذا الرضاء ونفاذه .

---

(١) نقض مدنى ١٩٥٥/٤/١١ مجموعة النقض المدنى ص١٠٣٢ قاعدة ١٣٤ .

بحيث لايبقى بعد صدوره مجال للرجوع الى تلك الورقة العرفية التى دون فيها التعاقد أصلا . ولذلك يكفى تسجيل الحكم الصادر فيها لنقل الملكية فيحل هذا التسجيل محل تسجيل العقد ويغنى عنه .

ولكن قد يقتصر طلب المشترى على مجرد اثبات واقعة مادية هى صحة التوقيع وتسمى فى فقه المرافعات دعوى التحقيق الأصلية [1] وقررها المشرع فى نص الماده ٤٥ اثبات .

يتضح مما تقدم أن الدعويين يختلفان من حيث الموضوع وسلطة القاضى فى كل منهما . كما يختلفان أيضا من حيث تسجيل صحف الدعاوى الوارده فى الماده ١٥ شهر عقارى . فان دعوى صحة التوقيع لاتدخل ضمن هذه الدعاوى ولا يترتب على تسجيلها أى أثر فى مواجهة الغير كما يختلفان أيضا من حيث اجراءات رفعهما . فالتعديل الجديد الذى أورده المشرع فى القانون ٦ لسنة ١٩٩١ أوجب على المحكمة أن تقضى بعدم القبول بالنسبة لدعوى صحة التعاقد اذا لم يتم شهر الصحيفة طبقا لنص الماده ٢/٦٥ من القانون ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل .

تزاحم المشترين :

لاتنتقل الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير الا بالتسجيل فاذا لم يقم المشترى بالتسجيل فان الملكية لاتنتقل اليه وقد يقوم البائع بالتصرف مرة آخرى فى نفس العقار الذى سبق له التصرف فيه الى

---

(١) راجع د/ البدراوى الوجيز عام ١٩٩٠ ص٢٣٨ ومابعدها .

المشترى الأول ، فاذا حدث وبادر المشترى الثانى بالتسجيل فان الملكية تنتقل اليه دون المشترى الأول ولو أن عقد البيع الصادر الى المشترى الأول سابق فى التاريخ على العقد المحرر بين البائعوالمشترى الثانى. واذا ماقلنا بانتقال الملكية الى المشترى الثانى الأسبق فى التسجيل فهل يشترط لذلك أن يكون المشترى الثانى حسن النية أى لايكون عالما بسبق التصرف فى نفس العقار الى مشتر سابق عليه ، أم أن علم المشترى الثانى بسبق التصرف لايحول دون انتقال الملكية اليه . بل أن الذى يحول دون انتقال الملكية الى المشترى الثانى ولو قام بالتسجيل هو تواطئه مع البائع بقصد الاضرار بالمشترى الأول ، أم أن الملكية تنتقل بالتسجيل سواء كان المشترى الثانى حسن النيه أم سيء النيه طالما أنه قد بادر الى تسجيل عقده ؟

قبل الاجابة على هذا التساؤل لابد أن نعرض لكيفية التزاحم وشروطه للقول بوجود تزاحم بين المشترين حتى يفضل الأسبق منهم فى التسجيل يجب توافر شرطان :-

الشرط الأول : أن تصدر التصرفات المتزاحمة من شخص واحد :-

يجب أن تصدر البيوع المتزاحمة من شخص واحد ، وأما اذا صدرت من أشخاص متعددين ولو تعلقت جميعها بعقار واحد . كأن يبيع المالك العقار الى مشتر ثم يبيع نفس العقار شخص آخر ليس بمالك. فلو استطاع المشترى من غير المالك أن يسجل عقده قبل المشترى من

المالك الحقيقى ، فان الثانى هو الذى يفضل لأن تسجيل الأول لاينقل اليه الملكية بحال من الأحوال فالتسجيل لايصحح عقدا باطلا أو قابلا للابطال . ولايمكن أيضا تطبيق التفاضل بين البيع الذى يحصل من المورث والبيع الذى يحصل من الوارث لصدورهما من شخصين مختلفين (١) . كما لايمكن أيضا تطبيق التفاضل بين عقدين اذا كان أحدهما بيع والثانى عقد آخر . وقد قضت محكمة النقض فى حكم شهير لها (٢) " أنه اذا استخلصت محكمة الموضوع لأسباب سائغة أن عقد البيع المسجل ليس فى حقيقته الا عقد ضمان وغير ناقل فانه يكون للمحكمة أن تفضل عليه المشترى غير المسجل " .

الشرط الثانى : يجب أن يكون التصرف الأسبق فى التسجيل تصرفا حقيقيا :-

حتى تكون الأفضلية للمشترى الأسبق فى التسجيل يجب أن يكون تصرفه حقيقيا (٣) . فاذا كان هذا التصرف الذى يستند اليه المشترى الأسبق تصرفا صوريا وكانت الصورية مطلقة فان تسجيل هذا التصرف لاينقل الملكية الى المشترى وبالتالى فانه لايفضل على غيره من المشترين .

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٣١/١٢/٣ الطعن رقم ١٢ السنة ١ق مجموعة القواعد القانونية جزء أول ص٥٢ .

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٤٢/١٢/٣٠ الطعن رقم ٥٤ السنة ١٣ق مجموعة القواعد القانونية جزء أول ص٢١٨ .

(٣) راجع نقض مدنى ١٩٤٥/١١/١ الطعن رقم ٥٥ السنة ١١ق مجموعة القواعد القانونية جزا أول ص٢١٩ .

وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن (١) " العقد الصورى يعتبر غير موجود قانونا ولو سجل • فاذا طلب مشترى بعقد غير مسجل الحكم على البائع بصحة التعاقد وابطال البيع الآخر الذى سجل عقده واعتباره كأن لم يكن لصوريته المطلقه • فقضت له المحكمة بذلك بناء على ما ثبت لها من صورية العقد المسجل فانها لاتكون قد أخطأت ولو كان العقد العرفى غير ثابت التاريخ وكان تاريخه الحقيقى لاحقا لتاريخ العقد المسجل "•

مدى اشتراط حسن النية للتمسك بأسبقية التسجيل :

لاتنتقل الملكية كما سبق أن ذكرنا فى أكثر من موضع سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير الا بالتسجيل • ولكن هل يشترط للتمسك بالأسبقية فى التسجيل حسن النية أم أن الملكية تنتقل الى المشترى الأسبق فى التسجيل سواء كان حسن النيه أم سئ النية ويقصد بحسن أو سوء نية هنا " العلم بسبق تصرف البائع للمشترى أو عدم العلم "•

فى واقع الأمر أثارت هذه المسألة خلافا فى الفقه والقضاء وسوف نعرض فيما يلى للاتجاهات الثلاثة التى عرضت فى هذا المجال ثم نعقبها برأينا فى الموضوع •

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٤٥/١٠/١ الطعن رقم ٥٧ السنة ١٢ ق مجموعة القواعد القانونية جزء أول ص٢٢٠ •

الاتجاه الأول : اشتراط حسن نية المشترى الأسبق فى التسجيل :

ذهب أنصار هذا الاتجاه الى القول بضرورة أن يكون المشترى الثانى الأسبق فى التسجيل حسن النية حتى يكون له الحق فى التمسك بأسبقية التسجيل . ويدلل أنصار هذا الاتجاه على صحة هذا الرأى أن الماده "١٧" شهر عقارى نصت على أنه " لايحتج بهذا التسجيل على الغير الذى يكون قد اكتسب حقه بحسن نية قبل تسجيل هذه الدعاوى أو التأشير بها " أى الدعاوى المنصوص عليها فى الماده ١٥ من ذات القانون . ويتضح من ذلك أنه بمفهوم المخالفة اذا كان الغير سىء النية ، فانه لايحتج بحقه على رافع هذه الدعوى ولو كان قد سبق الى تسجيل عقده . فاذا كان الغير مشتريا سىء النية وحصل له البيع قبل تسجيل دعوى صحة التعاقد فان الحكم الذى يصدر فى دعوى صحة التعاقد يسرى فى مواجهته ولو كان قد بادر الى تسجيل عقده. والمقصود بحسن النية فى هذا الصدد هو علم المشترى الثانى الأسبق فى التسجيل بسبق تصرف البائع له الى مشتر آخر (١) كما أن الغرض من التسجيل هو اعلام الغير بوجود تصرف معين ، فاذا كان الغير على علم به فليس له بعد ذلك التمسك بعدم تسجيله (٢).

---

(١) راجع د/ أنور سلطان ، المرجع السابق ص١٨٣ .

(٢) راجع د/ جمال ذكى ، رسالته ٣٤٠ فقرة ٢٣٤ .

الاتجاه الثانى : نظرية التواطــؤ :

ان الذى يمنع المشترى الثانى من التمسك بأسبقية التسجيل هو تواطئه مع البائع بصد الاضرار بالمشترى الأول . فالغش مفسد لكل شئ. وليس للمشترى المتواطئ أن يتمسك بأسبقية التسجيل . ولايقدح فى هذا القول ما جاء بنص الماده "١٧" شهر عقارى . لأن هذه الماده لم تحدد مدلول حسن النية . فليس المقصود بحسن نية المشترى الثانى مجرد عدم العلم بل ان المقصود بها هو ألا يكون المشترى الثانى قد تواطأ مع البائع بقصد الاضرار بالمشترى الأول ، وأما عن مجرد علم المشترى الثانى فى التسجيل بسبق تصرف البائع له الى مشتر آخر ، فان هذا ليس من شأنه أن يحول بين المشترى الثانى وبين حقه فى التمسك بأسبقية التسجيل (١).

الاتجاه الثالث : عدم الاعتداد بحسن أو سؤ نية المشترى الثانى للتمسك بألاسبقية فى التسجيل :

يتزعم هذا الاتجاه قضاء محكمة النقض المصرية (٢) التى ذهبت الى القول بأنه لا أثر لحسن نية المشترى الثانى أو سؤ

---

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ص١٠٥ ، د/ السنهورى الوسيط ، ج٤ ص٥٥٢ ومابعدها .

(٢) نقض مدنى ١٩٦٦/٢/٢٥ مجموعة النقض المدنى السنة "١٧" ص ٢٩٥ ، ١٩٨٥/١١/٢٨ الطعن ٥٤٩ السنة ٥٢ .

نيته على حقه في التمسك بأسبقية التسجيل • فله التمسك بهذه الأسبقية ولو كان عالما بسبق تصرف البائع له الى مشتر آخر بل له هذا الحق حتى لو كان قد تواطأ مع البائع بقصد الاضرار بالمشترى الأول • ولعل ما ذهبت اليه هذه المحكمة العليا هو تأكيد الرغبة فى استقرار المعاملات العقارية وأن يعطى للتسجيل كشرط لازم وضرورى لنقل الملكية أقصى قوة ممكنه تمهيدا للآخذ بنظام السجل العينى •

رأينا فى الموضوع :

يتضح من الغرض السابق بيانه أن أنصار الاتجاه الأول الذى يشترط حسن نية المشترى الثانى بمعنى عدم العلم بسبق تصرف البائع مبالغ فيه اذ أنه يكاد يهدر كل ما للتسجيل من قوة • كما أن الرأى الثالث الذى لايعتد بحسن النية أو سؤ نية المشترى الثانى حتى وصل به الأمر الى حد التواطؤ مع البائع بقصد الاضرار بالمشترى الأول هو الآخر مغالى فيه • بل انه يضحى ببعض المبادىء الأساسية التى يقوم عليها النظام القانونى لدعم الاستقرار فى نطاق المعاملات العقارية •

ويكاد أن يكون الرأى الثانى هو الذى يحقق قدرا من التوازن بين ماتقضى به العدالة وبين ضرورة الاستقرار الواجب توافره

فى المعاملات العقارية ٠

الا أن الرأى الغالب فى الفقة والقضاء يذهب الى عدم الاعتداد بحسن أو سؤ نية المشترى الثانى ٠ وهو الاتجاه الثالث وحجتهم فى ذلك أن ضمان الاستقرار فى المعاملات العقارية وتحقيق أكبر قوة ممكنة للتسجيل فى نقل الملكية العقارية سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة الى الغير (١).

---

(١) راجع تفاصيل ذلك الاتجاه د/ محمد على عمران ، عقد البيع فى القانون المدنى ١٩٧٢ ص٢١٢ ٠

المبحـث الثانـــى

الـــــتزام البائـــــع بالتسليـــــم

تمهيـــد وتقسيـــم :ـ

سبق أن ذكـرنا أن عقـد البيـع يعتبـر من العقود الملزمـــه للجانبين فكما هنـاك التزامات تقع على عاتق البائع • هنـاك التزامات آخـرى تقـــع على عاتق المشترى • وقد بدأنـا بالتزامات البائـع وذكرنـا أولهمـا وهـــى نقل ملكية المبيع ـ يأتى بعد ذلك التزامـه بتسليم المبيـع •

ويعتبر التسليم من الالتزامات الرئيسيـــة فى جانب البائـع • وتقتضـــى دراســة هـذا الالتزام أن نحـدد مضمونـه ثم أحكامـه وذلـــك فـــــى مطلبيـــــن :

المطلـــب الأول

مضمـــــون التسليـــــم

يقصد بمضمون التسليم وضع المبيع تحت تصرف المشترى حتى يتمكن مـــن الانتفاع به دون عائـــق •

ويجب أن يسلم بالحالة التى كان عليها وقت البيع • كما يشمـل التسليم ملحقات المبيع ، وسنعرض فيما يلى لذلك •

أولا : كيف يتم التسليم :

جاءت الماده ١/٤٣٥ مدنى ونصت على أن " يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد أعلمه بذلك ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشىء المبيع ".

يتضح من هذا النص أنه يجب توافر عنصرين حتى يتحقق التسليم بالمعنى القانونى :ـ

العنصر الأول :

وضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق : فاذا كان المبيع أرضا زراعية وجب على البائع اخلاؤها حتى يتمكن المشترى من الانتفاع بها دون عائق فيجب على البائع اذن أن يدفع عن المشترى تعرض الغير له وأن يمتنع هو بدوره عن التعرض للمشترى .

والغرض من ذلك بطبيعة الحال هو تمكين المشترى من حيازة المبيع والانتفاع به انتفاعا هادئا . واذا كان المبيع منقولا فان التسليم يتم بتمكين المشترى من تسليم المبيع تسلما فعليا . وقد يكون المبيع منزلا ويكون التسليم فى هذه الحالة بتسليم مفتاح المنزل الى مشتريه ، واخلائه

مما به من منقولات حتى يتمكن المشترى من الانتفاع به انتفاعا هادئا .
وقد أوضحت الماده ١/٤٣٥ مدنى هذا بنصها " .... ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشىء المبيع ".

العنصر الثانى :

اعلام البائع المشترى أنه قد وضع المبيع تحت تصرفه . ولايتم التسليم الا اذا علم البائع المشترى أنه قد وضع المبيع تحت تصرفه ولايكفى لذلك مجرد علم المشترى بوضع المبيع تحت تصرفه ، بل يجب أن يعلم البائع المشترى بذلك منعا لكل لبس . ولايشترط فى هذا الاعلام شكل خاص ، فقد يتم شفاهة كما أنه يتم فى صورة انذار رسمى أو فى صورة خطاب موصى عليه بعلم وصول (١).

ومتى توافر هذان العنصران من وضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من الانتفاع به دون عائق مع اعلام البائع له بذلك فان التسليم القانونى للمبيع يتحقق ولو لم يكن المشترى قد تسلم المبيع بالفعل .

ولكن قد يحدث أن يتم التراضى بين المتعاقدين اذا كان المبيع فى حيازة المشترى قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية وهذا مانطلق عليه التسليم الحكمى.
ويتحقق ذلك فى احدى صورتين : فقد يكون المبيع فى حيازة المشترى قبل البيع لسبب آخر ، ومثال ذلك أن يشترى شخص وحده سكنية

---

(١) راجع/ السنهورى المرجع السابق فقرة ٣٠٦ ، د/ منصور مصطفى المرجع السابق فقرة ٧٦، د/لبيب شنب ود/مجدى خليل فقرة ١١٤.

كان مستأجرا لهـا • وقد يستبقى البائع المبيع فـى حيازته بعد البيـــع لسبب آخـر غير الملكية ، كأن يستأجره من مشتريه الذى أصبح مالكا لــه ويحوزه فى هذه الحالة باعتباره لا مالكا للمبيع ولكن باعتباره مستأجرا لــه وهنا يتحقق أيضا التسليم الحكمى للمبيع (١) •

تسليم المبيع بنفس الحالة التى كان عليهـا وقت ابـرام البيـع :

نصت على ذلك الماده ٤٣١ مدنى بقولها " يلتزم البائع بتسليم المبيـع الى المشترى بالحالة التى كان عليها وقت البيع "•

فاذا كان المبيع من الأشياء القيمية فانه يحدد عن طريق بيـان معالمه وأوصافه • ويجب على البائع أن يسلم المشترى المبيع بنفس الحالـة التى كان عليها وقت ابرام البيع • فاذا تلف المبيع أو تغيـرت حالتـه جاز للمشترى مطالبة البائع بتنفيذ التزامـه عينا اذا كـان ذلـك ممكنـا فاذا تعذر التنفيذ العينى كان للمشترى المطالبة بالفسخ مـع التعويـض أو بدونه • وأمـا اذا كـان المبيع بالعينه وجـب أن يكون مطابقـا لهـا واذا تلفت العينه أو هلكت فى يد أحـد المتعاقدين ولو دون خطأ كـان على المتعاقـد بائعا أو مشتريا أن يثبت أن الشىء مطابق للعينـة أو غيـر مطابق لهـا (٢)•

---

(١) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ص٢١٤ فقرة ٩٥ •
(٢) راجع د/ محمد على عمران المرجع السابق ص٢١٦ فقرة ٤٠ •

واذا كان المبيع من الأشياء المثلية فانه يعين عن طريق بيان نوعه ومقداره ويجب أن يسلم المبيع للمشترى بنفس المقدار المتفق عليه وبنفس النوع واذا لم يتفق المتعاقدان فى العقد على درجة الجوده ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط • فاذا أخل البائع بتنفيذ التزامه جاز للمشترى أن يحصل على شىء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال ، كما يكون للمشترى المطالبه بقيمة الشىء من اخلال بحقه فى المطالبه بالتعويض (١) .

ولايسقط حق المشترى فى المطالبه بالفسخ اذا لم يكن المبيع مطابقا للحالة التى كان عليها وقت ابرام البيع • الا اذا تسلم المبيع ومضت مدة معقولة على هذا التسليم دون أن يعترض • ويسقط حق المشترى فى المطالبه بالفسخ بالتنازل عنه صراحة أو ضمنا •

ومن قبيل التنازل الضمنى أن يتصرف المشترى فى المبيع أو أن يقرر عليه حقا للغير رغم تحققه من عدم مطابقة المبيع لحالته وقت ابرام البيع •

تسليم المبيع بنفس القدر المتفق عليه فى العقد :

القاعدة أن البائع يلتزم بتسليم المبيع بنفس القدر المتفق عليه فى العقد فهو ضامن لهذا القدر • فقد ينقص المبيع أو يزيد ويكون للمشترى

---

(١) راجع بالتفصيل نص الماده ٢٠٥ مدنى •

المطالبه بالفسخ أو بانقاص الثمن اذا حدث نقص فى المقدار وقد يلتزم المشترى بتكملة الثمن اذا كانت هناك زيادة فى القدر المبيع وسوف نتناول تلك الأحكام تفصيلا فيما يلى :

أولا : حالة وجود عجز فى قدر المبيع :ــ

نصت الماده ١/٤٣٣ مدنى " اذا عين فى العقد مقدار المبيع كان البائع مسئولا عن نقص هذا القدر بحسب مايقضى به العرف ما لم يتفق على غير ذلك ، على أنه لايجوز للمشترى أن يطلب فسخ العقد لنقص فى المبيع الا اذا أثبت أن هذا النقص من الجسامه بحيث لو أنه كان يعلمه لما أتم العقد ".

فالبائع ضامن للقدر المتفق عليه فى العقد . واذا كان المبيع معينا بالذات فقد لايحدد فى العقد مقداره ، وأما اذا عين فى العقد هذا المقدار وجب على البائع أن يسلم المشترى المبيع بنفس القدر المتفق عليه فاذا كان البيع واردا على قطعة أرض فضاء وحددت مساحتها فى العقد بألف متر مربع وجب على البائع أن يسلمها للمشترى بنفس هذا القدر الا اذا كان هناك اتفاق على اعفاء البائع من هذا الضمان [1] الا أننا نذهب مع اتجاه نراه راجحا أنه لايجوز للبائع أن يستفيد من هذا الاتفاق اذا كان عدم تنفيذه لالتزامه بتسليم المبيع بنفس القدر المتفق

---

(١) فى الفقه الفرنسى :

Aubry et Rau, op . cit., No.354. P. 58 .

عليه فى البيع راجع الى غشه أو خطئه الجسيم [١].

ولتحديد ما اذا كان هناك عجز فى قدر البيع أم لا ، يجب الرجـــوع الى العرف [٢] فاذا ثبت وجود عجز فى مقدار المبيع ولم يكن هذا العجـــز مما يمكن التسامح فيه بحسب العرف السائد كان للمشترى أن يطلب الفســـخ لهذا العقد أو انقاص الثمن . ويلاحظ أنه ليس للمشترى المطالبه بالفســـخ ولاتجيبه المحكمة الى ذلك لأن الفسخ لايتقرر الا بحكم . الا اذا ثبت أن النقص قـد بلغ حـدا من الجسامـه بحيـث لـو أنه كان يعلمـه ما أقـدم علـــى ابرام العقد . وأمـا اذا كان النقص يسيرا فلا تجيب المحكمة المشترى الـــى طلب الفسخ . ويرجع الى المشترى فى كل الأحوال لتقدير ما اذا كـــان النقص يسيرا أم جسيما . فالمعيار ليس موضوعيا بل شخصيا . وذلك لأن ماقـد يكون جسيما لمشترى قد يكون يسيرا بالنسبة لآخـر . فاذا قضت المحكمـــة بالفسخ وجـب بعـد ذلـك اعادة المتعاقديـــن الى الحالـة التـى كانــــا عليهـا قبل ابرام البيع .ولايوجد مايحول المشترى من المطالبه بالتعويض عـــن الفسخ بل قد يكتفى المشترى بانقاص الثمن نظرا لما فى المبيع من عجز .

ولم يميز المشـرع فيما يتعلـق بحـق المشترى فى المطالبـة بالفســـخ أو بانقاص الثمـن بين ما اذا كان المبيع قابلا للتبعيض أو غير قابل لـــــه وبين ما اذا كان الثمن قـد قـدر بسعر الوحـدة أم قـدر جملـة واحـــدة

---

(١) راجع د/ محمد على عمران المرجع السابق ص٢١٨.

(٢) راجع د/ منصور مصطفى المرجع السابق ص١٣٣ ، د/ السنهورى المرجـع السابق ص٢٩٨ ، د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص١٣٥ .

وليس للمشتري مطالبة البائع بتكملة المبيع الى القدر المذكور فـي العقـــد فالبائع لم يلتزم الا بتسليم المبيع بالذات ، فلا يجبـر على تسليم غيـــره، فاذا كان هناك عجز فى مقدار المبيع اقتصر حق المشترى على المطالبه بالفســخ أو بانقاص الثمن • وأمـا اذا كان المبيع معينا بالنـوع فليس هنـــاك مايمنع المشترى من الحصول على شيء من النوع ذاته على نفقة المديـــن بعـد استئـذان القاضـى أو بـدون هـذا الاستئـذان فـى حالـــة الاستعجـال •

حالـة الزيادة فى مقـدار البيـــع :

قد يزيد القدر الذى يشمله المبيع على ماهو مذكور فى العقـد • فيجـب هنا التفرقه بين ماذا كان الثمن قد قـدر بحساب الوحـده أو كـــان الثمن مقدرا جمله واحده • فاذا كان الثمن مقدرا بحساب الوحـده وكـــان المبيع غير قابل للتبعيض وجـب على المشترى أن يكمـل الثمن • ويكـــون المبيع غير قابل للتبعيـض اذا كان لايقبل التجزئه أصـلا أو اذا كـــان يترتب على تجزئتـه الحاق ضـرر بالبائـع •

ولنضرب مثالا يوضح ذلك : اذا تعاقد (أ) على شراء قطعـــة أرض فضـاء من (ب) وكانت هذه المساحة الفضاء مساحتها ١٠٠٠م٢ ، وعنـــد التسليم تبين أن مساحتها الحقيقية ١٠٥٠ م٢ فى هـذا المثـال لاشك أنـــه يترتب على تجزئـة المبيع الحاق ضـرر بالبائع اذ أنه لـن يتمكـن مـــن الانتفاع بالقدر الباقى ، فهنـا يجب على المشترى تكملـة الثمن مقـــدرا على أساس الوحدة •

وأما اذا كانت الزياده جسيمه بحيث لو علم بها المشترى ما أتم العقد فله أن يطلب الفسخ • ولاتنطبق هذه الأحكام الا اذا لم يوجد اتفاق بين كل من البائع والمشترى على مخالفتها •

وأما اذا كان المبيع يقبل التبعيض دون ضرر يلحق البائع فلا يستطيع البائع اجبار المشترى على تسلم القدر الزائد ، بل يقتصر حق المشترى على القدر المتفق عليه فى العقد ، وليس للمشترى فضلا عن ذلك مطالبة البائع بالقدر الزائد اذ أن ذلك يتضمن تعديلا للعقد ، وهذا غير جائز الا بموافقة كل من البائع والمشترى (١).

وأما اذا كان الثمن مقدرا جملة واحدة ، فليس للبائع أن يرجع على المشترى فى هذه الحالة بقيمة القدر الزائد سواء كان المبيع يقبل التبعيض أم لايقبله ، وبيان ذلك أن قدر المبيع يعتبر فى هذا الفرض وصفا لا أصلا •

والوصف لايقابله شيء من الثمن وبذلك يكون للمشترى أن يأخذ القدر الزائد دون أن يدفع عنه شيئا (٢).

---

(١) راجع د/اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ١٣٦ ،د/محمد عمران المرجع السابق ص٢٢٠ ،د/لبيب شنب،د/مجدى خليل المرجع السابق فقره ١١١•

(٢) راجع :الأعمال التحضيرية ج٤ص٦١" اذا زاد المبيع وكان الثمن مقدار جملة واحدة فالغالب أن المتعاقدين قصدا أن يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد عن القدر المعين – ولذلك يبقى المبيع ولايطالب المشترى بزياده فى الثمن الا اذا كان هناك اتفاق على غير ذلك ".

" تقادم الدعاوى الناشئه عن العجز أو الزيادة فى المبيع بحكم خاص هو خضوعها للتقادم الحولى الوارد فى نص الماده ٤٣٤ مدنى التى جاء نصها " اذا وجد فى المبيع عجز أو زيادة فان حق المشترى فى طلب انقاص الثمن أو طلب فسخ العقد وحق البائع فى طلب تكملة الثمن يسقط كل منها بالتقادم اذا انقضت سنة من تاريخ تسليم المبيع تسليما فعليا "(١)

وقد عالج المشرع بهذا النص قصورا تشريعيا فى الماده ٢٩٦ من التقنين المدنى القديم الذى كانت تبدأ فيه مدة التقادم من وقت ابرام البيع لأن المشترى فى واقع الأمر لايتسنى له العلم بوجود عجز أو زيادة قبل تسلم المبيع (٢).

ولايكفى فى هذا الصدد التسليم الرمزى (٢)، مثل تسليم مفاتيح الشقه أو مستندات الملكية ، بل اشترط المشرع فى صريح النص التسليم الفعلى حتى يمكن البدء فى حساب مدة التقادم سالفة الذكر .

والعله التى من أجلها اشترط المشرع التسليم الفعلى كبداية لحساب هذه المدة هى أن التسليم الفعلى أو الحقيقى هو الذى يهيىء للبائع أو المشترى كشف حقيقة النقص أو الزيادة فى البيع . وهذه المده تسرى فى حق جميع الأشخاص حتى من لاتتوافر فيهم الأهلية والغائبين

---

(١) راجع د/ البدراوى ، الوجيز عام ١٩٩٠ ص٢٥٧ .
(٢) راجع د/ محمد عمران المرجع السابق ص٢٢٣ .

لأن نص المـادة ١/٣٨٢ مدنى جـاء قاطعـا فـى أن التقادم يسرى فى حـق هؤلاء متـى كانت مدتـه لاتزيد عن خمس سنوات ولايجوز الاتفاق على تعديـل مـدة هـذا التقـادم سواء بالنقص أو بالزيادةوذلك اعمالا لصراحة نـص الماده ٣٨٨ مدنى التى نصت على أنه " لايجوز النزول عن التقادم قبـل ثبـوت الحق فيه ، كمـا لايجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فـى مـدة تختلـف عن المـدة التى عينهـا القانون (١) .

غير أن اتجاه آخـر يرى عكس ذلك (٢) أنه يجوز الاتفاق علـى تعديلهـا ذلك أن المشرع حرص فى تنظيمة ضمـان مقدار المبيـع علـى أن يذكر أن أحكام هذا الضمان تنطبق مالم يوجـد اتفاق يخالفهـا .

ويرى صاحب هذا الاتجاه أن هذا الحكم الذى قرره المشرع صراحـة فى الماده ٤٥٢ مدنى بشأن ضمان العيب الخفى .

مـالا يخضـع لهـذا التقـادم :

(أ) : لايخضع لهذا التقادم الدعوى التى يرفعهـا المشترى على البائـع يطالبه فيها بتسليم قطعـة أو جزء مـن المبيع مـازال فـى حيازتـه ، فلا يمكن اعتبار هـذا الجزء أو تلك القطعـة التـى لم تسلم عجزا فى المساحة . بل تسرى عليها مدة التقادم الطويـل

---

(١) راجع د/ محمد عمران المرجع السابق ص٢٢٣ .
(٢) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص٢٥٨ .

(١٥ عاما للقواعد العامه) .

(ب) : لاتنطبق أحكام التقادم الا اذا كان المبيع معينا بالفرز وذات مقاس أو قدر/معين . أما اذا كان معينا بالنوع فقط ولم يتسلم المشترى القدر المتفق عليه فانه يخضع للتقادم الطويل طبقا للقواعد العامه .

(ج) : لامحل أيضا لتطبيق هذا التقادم الحولى اذا كان المشترى قد اغتصب مقدار الزيادة .

تسليم ملحقات المبيع وثماره :

أولا : الملحقات :

جاء نص الماده ٤٣٢ مدنى على أنه " يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين ".

يتضح من هذا النص أن التزام البائع لايتوقف عند حد تسليم المبيع بل يجب عليه أن يسلم ملحقات المبيع وثماره .

ولتحديد ماهية الملحقات يجب أولا الرجوع الى ارادة المتعاقدين فاذا لم تكن الارادة صريحة أو ضمنية يجب الرجوع الى مايقضى به العرف أو طبيعة الأشياء . فيلحق بالمبيع أيا كان مستندات ملكيته ويلحق به أيضا حقوق الارتفاق التى قد تكون له . واذا كان

المبيع منزلا ألحق به الأشياء المثبته فيه ، وأما الأشياء التى يمكن فصلها دون تلف فانها لاتلحق بالمبيع الا اذا اتجهت ارادة المتعاقدين الى غير ذلك . فيعتبر من ملحقات المنزل الأفران المثبته فى المطابخ وتلحق به المرايا غير المثبته (١).

واذا كان البيع سيارة فانه يعتبر من ملحقاته مستندات الملكية ورخصة التسيير ووثيقة التأمين عليها .

كما يعتبر من ملحقات المبيع اذن ويجب على البائع تسليمه الى المشترى كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ لابصفة مؤقته (٢).

كما يعتبر أيضا من ملحقات المبيع الدعاوى المرتبطة بالمبيع والتى تكفل للمشترى ضمان الانتفاع به كدعوى ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية التى كانت للبائع قبل من نقل اليه الملكية (٣).

ثانيا : ثمار المبيع :

جاء النص على ذلك فى الماده ٢/٤٥٨ مدنى " وللمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع .... الخ ".

يحق للمشترى ثمار هذا المبيع حتى ولو تراضى نقل الملكية الى

---

(١) د/ السنهورى الوسيط ج٤ ص٥٨٣، مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ص٦٥.
(٢) نقض مدنى ١٩٥١/١٢/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص٣٠١.
(٣) رتجع د/ محمد على عمران المرجع السابق ص٢٢٤ بند ٩٩.

وقت لاحق طالما أن التزام البائع بالتسليم ليس مؤجلا • وثمار المبيع هى ما يتولد عنه ويتجدد بصفة دورية • وتختلف عن المنتجات التى تتصف بالدورية ويترتب عليها نقص أصل الشيء •

أما نماء المبيع ما يضاف الى أصله بعد بيعه • والقاعدة أن ثمار المبيع ونماؤه حق للمشترى من وقت تمام البيع الا اذا كان هناك اتفاق على غير ذلك (١).

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص١٣٠ ، د/ السنهورى المرجع السابق ص٣٠٢ •

المطلب الثانــى

أحكـــــام التسليـــــم

تمهيــد :

يقصــد بأحكام التسليم : مكانه وزمانــه ــ ومن الذى يتحمــل مصاريــف أو نفقات هــذا التسليم • وعلى من تقــع تبعــة الهــلاك الكلى أو الجزئــى فى الفترة مابين انعقاد البيع والتسليم • وما الجزاء الــذى يترتــب علــى اخــلال البائع بتنفيذ التزامــه بالتسليم • وسنتولــى تباعــا هذه التفاصيــل فيمــا يلــى :ــ

١ ــ مكــان وزمـــان التسليـــم :

باستعراض أحكام البيع فى القانون المدنى المصرى فلم نجد فيها نصــا يعين مكان التسليم للمبيع ، بل اكتفى المشرع بالقواعد العامــه فــى بــاب الالتزامات • ومن ثم بالرجــوع الى الأحكــام العامــة • نجــد أن الماده ٣٤٧ مدنى جاء نصهــا " اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات وجــب تسليمــه فى المكان الذى كان موجودا فيــه وقت نشــؤ الالتزام مالم يوجد اتفاق أو نــص بغير ذلك •

أمــا فى الالتزامات الآخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيـــه موطن المدين وقت الوفاء أو فى المكان الذى يوجــد فيه مركز أعمال المديـــن اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال "•

الا أن المشرع عاد فى نص الماده ٤٦٣ مدنى التى عالج فيها التزام المشترى بتسليم المبيع فجاء نصها " اذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسليم المبيع وجب على المشترى أن يتسلمه فى المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت البيع ٠٠٠٠ الخ النص ".

يتضح من هذه النصوص أن المبيع (١) اذا كان معينا بالذات وجب تسليمه فى المكان الموجود فيه وقت البيع ما لم يتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك ٠ أما اذا كان المبيع معينا بالنوع يجب تطبيق الفقرة الثانية من الماده ٣٤٧ مدنى "٠٠٠ مالم يوجد اتفاق خاص يكون الوفاء فى موطن المدين أو فى مركز أعماله اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال فالأصل أن على المشترى أن يسعى الى اقتضاء دينه (وهو تسليم المبيع فى موطن البائع)٠

واذ عين العقد مكانين لتسليم المبيع يصح أن يتم التسليم فى أحدهما ٠ وجب أن يقع التسليم كاملا فى أحد هذين المكانين وفقا لما يختاره البائع ، وليس له أن يجزىء التسليم اذ للمشترى الحق فى ألا يقبل سوى التسليم الكامل ٠

وأما عن زمان التسليم ٠ فانه يجب الرجوع الى العقد لمعرفة زمان التسليم ٠ فاذا خلا العقد فانه عملا بالماده ٣٤٦ مدنى يتم التسليم

---

(١) راجع د/ البدراوى ، الوجيز عام ١٩٩٠ ص٢٧٠ ٠

فورا بمجرد نشوء الالتزام فى ذمة البائع أى من يوم البيع وذلك مالم يوجد اتفاق على غير ذلك يقضى بامهال البائع بعض الوقت كما هو الحال فى البيوع التجارية ٠ وهذه القاعدة تفسيرية مبناها تفسير ارادة المتعاقدين (١) ٠

٢ - مصاريف التسليم :

جاء نص المادة ٣٤٨ مدنى مؤيدا ما تقضى به القواعد من أن مصاريف الوفاء تكون على المدين بالالتزام ٠ أما مصاريف التسليم فهى على المشترى لأنه هو الملزم به (٢) ٠ وتشمل مصاريف التسليم كل النفقات اللازمة لوضع المبيع تحت تصرف المشترى واعلامه بذلك ٠

ويدخل فى مصاريف التسليم أجرة نقل المبيع الى المكان الواجب تسليمة فيه اذا لم يكن موجودا فيه من قبل ٠ أما الرسوم الجمركية فيتحملها البائع اذا كان قد اشترط أن التسليم يتم فى موطن المشترى ولذلك لايحق للبائع أن يطلب زيادة فى الثمن اذا ارتفعت هذه الرسوم فى الفتره مابين العقد والتسليم ٠ وكذلك لايحق للمشترى المطالبه بانقاص الثمن اذا انخفضت الرسوم فى هذه الفتره ٠

واذا كان التسليم واجب الحصول فى محل البائع كانت مصاريف رفع المبيع من هذا المحل من نفقات التسليم التى يتحملها المشترى مثل مصاريف حزم الشىء أو تفريغه ٠

---

(١) راجع د/ البدراوى ، الوجيز عام ١٩٩٠ ص ٢٧١ ٠
(٢) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص٢٧٨ ٠

وفى كل الأحوال فان للمتعاقدين كامل الحرية فى الاتفاق على كيفية توزيع مصاريف التسليم والتسلم فيما بينهما • فاذا لم يفصحا عن ارادتيهما فى هذا الشأن كان ذلك يعنى رغبتهما فى اتباع العادات التجارية السائدة •

٣ _ حكم تبعة هلاك المبيع :

تثور مشكلة تبعة هلاك المبيع فى الفترة مابين انعقاد البيع وقبل التسليم • فمن يتحمل هذه التبعة البائع أم المشترى • لكن قبل الدخول فى هذه التفصيلات يجب التنويه أن الأحكام الخاصه بتبعة الهلاك لاتنطبق الا اذا كان المبيع مدنيا بالذات أما المثليات لاتهلك (١) •

ولقد تكفل المشرع المصرى بوضع أحكام تفصيلية لتطبيق هذه الأحكام فى حالة الهلاك الكلى للمبيع وأيضا فى حالة الهلاك الجزئى وذلك فى نص المادتين ٣٤٧، ٣٤٨ مدنى •

(أ) تبعة الهلاك الكلى للمبيع :

تنص المادة ٣٤٧ مدنى على أنه " اذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن الا اذا كان الهلاك بعد اعذار المشترى لتسلم المبيع "•

يتضح من هذا النص أن المشرع ربط بين تبعة الهلاك والتسليم فاذا هلك المبيع قبل التسليم فان تبعة الهلاك تكون على البائع الا اذا كان الهلاك بعد اعذار المشترى لتسلم المبيع • فاذا تم اعذار المشترى بتسلم المبيع

---

(١) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ،ص٢٢٨بند ١٠٣•

ولم يتسلمه فعليه تقع تبعة هلاكه ٠ وترتبط تبعة الهلاك بالتسليم أى بتنفيذ البائع التزامه بالتسليم وليس بالتسليم الفعلى ، لأن التسليم الفعلى يقتضى التسليم أى تسلم المشترى المبيع ، والبائع يبرأ من التزامه بالتسليم-اذا هو نفذه بأن وضع المبيع تحت تصرف المشترى بالفعل (١) ولهذا أضافت المادة ٤٣٧مدنى فى نهاية النص " ٠٠٠٠٠٠ الا اذا كان الهلاك بعد اعذار المشترى لتسلم المبيع" اذ بهذا الاعذار يكون البائع قد أثبت تنفيذ التزامه وأثبت فى الوقت ذاته على المشترى تقصيره أو تأخيره فى تنفيذ التزامه هو بتسلم المبيع فمنذ هذه اللحظة تنتقل تبعة الهلاك الى المشترى ولو بقى الشيء ماديا فى يد البائع ٠

ويترتب على ماتقدم أن البائع اذا كان لم يسلم المبيع لاستعماله الحق فى حبسه كان هلاكه على المشترى ٠ ذلك أن المانع من التسليم راجع اليه٠ ولذلك يعتبر البائع قد أوفى بالتزامه بالتسليم لمجرد استعداده لتمكين المشترى من حيازة المبيع ، وعلى هذا نصت المادة ٤٦٠ مدنى " اذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشترى مالم يكن هلك بفعل البائع٠

وتنتقل تبعة الهلاك الى المشترى متى انتقلت اليه حيازة المبيع ولو لم تكن الملكية قد انتقلت اليه فعلا ، ويتحقق ذلك اذا كان المبيع عقارا (٢) وانتقلت حيازته الى المشترى دون أن يكون قد سجل عقده ، فعليه لاعلى البائع تقع تبعة الهلاك ٠

---

(١) راجع د/ البدراوى ، الوجيز عام ١٩٩٠ ،ص٢٧٨عكس ذلك د/محمد عمران ص ٢٣٠٠

(٢) راجع د/ السنهورى ،المرجع السابق ص٦١٣ ،د/اسماعيل غانم،المرجع السابق ،ص ١٩٧٠

وإذا كان المبيع معلقا على شرط فاسخ وهلك المبيع قبل التسليم ولو لم يتحقق بعد ذلك الشرط الفاسخ فأصبح البيع باتا فان تبعة الهلاك تقع على البائع وفى ذلك خروجا على قاعدة الاثر الرجعى للشرط وأما اذا هلك المبيع بعد التسليم ولم يتحقق الشرط فان الهلاك يكون على المشترى طالما أن الهلاك كان بعد التسليم • وأما اذا تحقق الشرط الفاسخ وانفسخ البيع ثم هلك المبيع فان هلاكه يكون على البائع أى على مالكه •

وأما اذا كان البيع معلقا على شرط واقف فعلى البائع تقع تبعة الهلاك ولو تحقق الشرط الواقف مادام أن الهلاك قد حدث قبل التسليم والهلاك على البائع أيضا بعد التسليم ولو تحقق الشرط بعد الهلاك فليس لتحقق الشرط فى هذه الحالة أثر رجعى طالما أن تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط أصبح غير ممكن بسبب هلاك المبيع • فاذا تحقق الشرط قبل الهلاك وبعد التسليم فعلى المشترى تبعة الهلاك (١) •

أما فى فرنسا فقد خرج المشرع الفرنسى على المبدأ الذى أخذ به المشرع المصرى (ربط تبعة الهلاك بالتسليم) وربط تبعة الهلاك بانتقال الملكية • فاذا رجعنا الى القانون الفرنسى نجد أن المادتين ١١٣٨، ١٦٢٤ مدنى فرنسى قررتا : أن المبيع يكون فى ضمان المشترى بمجرد تمام العقد ومعنى ذلك أنه اذا هلك فى الفترة بين العقد والتسليم سقط عن البائع التزامه بالتسليم • ومع ذلك يبقى المشترى ملزما بالثمن • •

---

(١) راجع د/ أنور سلطان ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢١، د/السنهورى المرجع السابق ، ص ٦١٣، هامش ٢ •

ويبدو أن الحكم الذى قرره المشرع الفرنسى فى خصوص البيع فيه خروج على القواعد العامة التى تقضى بأن استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين يسقط عن الطرف الآخر التزامه المقابل .

وقد اختلف الشراح الفرنسيون فى تبرير هذا الخروج والراجح فى الفقه الفرنسى (١) أن المشرع ربط تبعه الهلاك بنقل الملكية . فالقانون الفرنسى يقضى بأن ملكية الشىء وتبعة الهلاك تنتقلان بالعقد .

فمتى تم العقد الناقل للملكية انتقلت الملكية الى المتعاقد الآخر وتحمل هذا الآخير تبعة هلاك الشىء باعتباره مالكا . وهكذا لايكون الهلاك على المدين وانما يكون على مالك الشىء .

(ب) تبعة الهلاك الجزئى للمبيع :

أوضح المشرع حكم الهلاك الجزئى فى نص الماده ٤٣٨ مدنى التى نصت على " اذا انقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه للمشترى أما أن يطلب فسخ البيع اذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع واما أن يبقى البيع مع انقاص الثمن ".

يتضح من هذا النص أن الهلاك الجزئى لايسوغ فسخ العقد الا اذا كان جسيما ، وهو يكون كذلك اذا كان قد أنقص قيمة المبيع بدرجة كبيرة

---

(١) Planiol , Ripert et Hamel , t.X, op cit .,No 80

أى بحيث لو طرأ هذا الهلاك قبل العقد لما أتم المشترى البيع. ولما كان تقدير جسامة التلف أو النقص يدخل فى سلطة قاضى الموضوع فان الفسخ فى هذه الحالة لايكون الا بحكم قضائى ولا يتقرر بقوة القانون

وللمشترى مع ذلك أن يقتصر على طلب انقاص الثمن بقدر مانقص من المبيع بسبب الهلاك الجزئى حتى ولو كان جسيما • فاذا لم يبلغ الهلاك الجزئى هذه الدرجة من الجسامه اقتصر حق المشترى على طلب انقاص الثمن • ويفترض تطبيق هذا النص أن يكون هذا الهلاك قد وقع بسبب أجنبى (قوة قاهرة ـ حادث فجائى) (١).

" استثناء مما سبق (أحوال يكون فيها تبعة الهلاك على المشترى) "

مما سبق اتضح لنا أن المشرع ربط بين الهلاك والتسليم • فالذى يعتد به المشرع المصرى هو تبعة العقد لاتبعة الشيء (٢) ومع ذلك توجد أحوال تقع فيها تبعة الهلاك على المشترى حتى قبل التسليم نعرضها فيما يلى :ـ

أولا : **اذا** وضع المشترى يده على المبيع قبل دفعه الثمن بدون اذن من البائع وهلك المبيع كان هلاكه عليه •

ثانيا : **اذا** أعذر المشترى بتسليم المبيع ووقع هذا الهلاك فعليه تبعة الهلاك

---

(١) راجع د/منصور مصطفى المرجع السابق فقرة ٧٤، د/عبد الفتاح عبد الباقى المرجع السابق ص١٢٩ •

(٢) راجع د/ محمد على عمران المرجع السابق ص٢٣١ •

ولو لم يكن قد تسلم المبيع بالفعل • فكما يتم التسليم بحيـــــازة المشترى للمبيع حيازة فعليه فانه يتم أيضا وفقا لما سبق بيانـــــه متى وضع المبيع تحت تصرفه مع اخطاره بذلك •

ولايكفى فى هذا الصدد الاخطار الشفوى أو بخطاب موصى عليــه بوضع المبيع تحت تصرفه بل يجب على البائع الاعذار (١) •

غير أننا لانتفق مع هذا الاتجاه من ضرورة الاعذار للمشتـــــرى بوسيلة قاطعــة • فلا يكفى الاخطار بكتاب موصى عليه • فالاعـــذار هو اخبار المشترى بتسلمه ووضعه تحت تصرفه فيكتفى بأى وسيلـــة من شأنها هذا الاخبار كالانذار على يد محضر بتسلمه المبيـــــــع ووضعـه تحت تصرفه •

ثالثا : يتحمل المشترى تبعـة الهلاك رغم عدم تسلمه المبيع اذا هلـــــك المبيع فى يد البائع وهو حابس له طبقا لنص الماده ٤٦٠ مدنـــــى غير أننا نذهـب مع اتجاه منطقى يرى أنه يجـب لاعمال هـــــذا الحكم أن يكون البائع قد أعذر المشترى لدفع الثمن ثم حبـــــس المبيع أو على الأقـل يكون قد أخطره بأنه يحبس المبيع لحيـــــن دفع الثمـن (٢) •

رابعا : اذا كان هناك اتفاق بين البائع والمشترى على أن يتحمـل المشتـــرى تبعـــة الهلاك قبل التسليم أو أن يتحمل البائع تبعـــة الهـــلاك ولو بعد التسليم •

---

(١) راجع د/ محمد عمران ، الوجيز عام ١٩٧٢ ص٢٣٤•

(٢) راجع د/ البدراوى ، الوجيز عام ١٩٩٠ ص٢٨٣ •

خامسا : أوضح المشرع في الماده ٩٤ من قانون التجارة " أن البضائع التى تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرها في الطريق على من يملكها مالم يوجد شرط بخلاف ذلك "٠

يتضح من ذلك أن المشرع خرج على قاعدة أن الهلاك على البائع لحين التسليم وربط تبعة الهلاك بانتقال الملكية بصرف النظر عن تسليم المبيع ٠

الجزاء على الاخلال بالتسليم :

فضلا عما للمشترى أو البائع من دعاوى خاصة في حالتى العجز أو الزيادة فى مقدار المبيع ٠ فللمشترى أن يرجع على البائع بالتنفيذ العينى أو الفسخ أو المطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر ٠

أولا : التنفيذ العينى :

كما هو معلوم سلفا أن التنفيذ العينى هو الأصل مادام ممكنا واذا كان فيه ارهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى اذا كان ذلك لايلحق بالدائن ضررا جسيما ٠

فاذا كان المبيع معينا بالذات ورفض البائع تسليمه للمشترى جاز له باعتباره دائنا مطالبه البائع بالتسليم للمبيع بعد اعذاره ٠

واذا كان معينا بالنوع ورفض البائع تسليمه للمشترى فلهذا الأخير أن يحصل على شيء من نفس النوع على نفقة البائع بعد استئذان القاضى أو حتى دون استئذانه فى حالة الاستعجال ٠

ثانيا : الفسخ :

للمشترى أن يطلب بالفسخ ولكن للمحكمة سلطة تقديرية فى اجابته الى ذلك فاذا كان عدم التنفيذ جسيما فتجيبه اليه ٠ وأما اذا كان ما لم يتم تسليمه قليل الأهمية بالنسبة للمبيع فى جملته فلها أن ترفض الفسخ ٠ كل ذلك مشروط بألا يوجد شرط فاسخ صريح بنص عقد البيع ٠ لأن هذا الشرط يمنع القاضى من استعمال السلطة التقديرية ومتى حكم بالفسخ وجب اعادة المتعاقدين الى ما كانا عليه قبل التعاقد ٠

ثالثا : التعويض :

للمشترى أن يطالب بالتعويض اذا تأخر البائع فى تسليم المبيع الى المشترى ويشمل التعويض هنا مالحق المشترى من ضرر بسبب التأخير فى التسليم ٠ وله أن يطالب البائع بالتعويض عن الامتناع كلية عن التسليم ويقدر التعويض فى هذه الحالة على أساس فرق الثمن الذى اتفق عليه فى البيع وبين سعر السوق فى اليوم الذى أصبح فيه امتناع البائع عن التسليم نهائيا لاصراره على ذلك رغم

اعذاره أو لصيرورة التسليم مستحيلا [١].

ويقع على عاتق المشترى عبء اثبات عدم التنفيذ أو التأخير فى التنفيذ أما اذا سلم المبيع للمشترى بغير حالته فلا يكون البائع مخلا سوى بالتزامه ببذل عناية وعلى المشترى اثبات ذلك [٢].

---

(١) اذا امتنع البائع عن تسليم سلعه مسعره مما اضطر معه المشترى الى شرائها بالسعر الحر فى السوق فهل يقدر الفرق على أساس السعر الجبرى أم السعر الحر • ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى أن فرق السعر الحر هو الذى يؤخذ به كنوع من التعويض ولايحول ذلك القول بأن هذا السعر الحر غير مشروع ولايجوز التمسك به أمام القضاء
Cassation civile, 25-3-1964.Gez.pal.3946 O - 209.

(٢) راجع د/اسماعيل غانم ،النظرية العامة للالتزام جزء٢ ، ١٩٦٧فقره ٢٥، راجع د/ لبيب شنب ود/مجدى خليل المرجع السابق فقرة ١١٧.

المبحث الثالث

التزام البائع بالضمان

تمهيد :

لايكفى أن ينقل البائع الى المشترى الحق المبيع وأن يقوم بالتسليم بل يلزم زيادة على ذلك أن يضمن البائع الحق المبيع والانتفاع به انتفاعا هادئا كاملا ٠ ويشمل هذا الضمان شقين هما : ضمان التعرضوالاستحقاق وضمان العيوب الخفيه ٠ ويقصد بضمان التعرض والاستحقاق ٠ أن يلتزم البائع بالامتناع عن كل ما من شأنه حرمان المشترى من سلطانه على المبيع وانتفاعه به ، وبدفع تعرض الغير للمشترى ، واذا انتهى التعرض لعدم نجاح البائع فى دفعه فاستحق المبيع كليا أو جزئيا كان البائع ملتزما بضمان هذا الاستحقاق أى بتعويض المشترى عما أصابه من ضرر بسبب هذا الاستحقاق ٠ ولفظ التعرض هنا يشمل التعرض الشخصى وتعرض الغير، وواضح أن ضمان الاستحقاق يعتبر ضمانا احتياطيا (١) بالنسبة لضمان التعرض ، اذ لاتبدو الحاجه لاعمال ضمان الاستحقاق الا اذا لم يجد الالتجاء الى ضمان التعرض ٠

أما ضمان العيوب الخفيه فيقصد به ٠ أن يلتزم البائع

---

(١) راجع د/ خميس خضر ، العقود المدنية الكبيرة ١٩٨٤ ص١٩٠ومابعدها٠

بضمان خلو المبيع من العيوب الخفيه التى تجعله غير قابل لتحقيق الغاية المقصودمنه • ومماهو جدير بالذكر أن الالتزام بالضمان ليس التزام قاصرا على عقد البيع بل يوجد فى كل عقود المعاوضه • الا أن مضمون هذا الالتزام يختلف من عقد الى آخر •

وسوف نتناول فيما يلى تفصيل هذه الأحكام فى مطلبين • الأول نتناول فيه أحكام ضمان التعرض والاستحقاق • والثانى نتناول فيه أحكام ضمان العيوب الخفية •

المطلـــــب الأول

أحكـام ضمـان التعـرض والاستحقـــــاق

تمهيـــــــد :

نظم المشرع المصرى أحكام هذا الضمان فى المواد من ٤٣٩ ـ ٤٤٦ مدنى • فجـاء نص الماده ٤٣٩ مدنى ونصت علـى أن " يضمـن البائـــع عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعـــرض من فعله هــو أم مــن فعل أجنبى يكون له وقت البيع حــق علــــى المبيع يحتــج به على المشترى • ويكون البائع ملزما بالضمان ولو كـان الأجنبى قــد ثبــت حقــه بعد البيــع اذا كان هذا الحق قد آل اليــه مــن البائــع نفســـه "•

يتضح من هذا النص أن البائع يضمن للمشترى عدم حصول تعرض مـــن جانبه هــو ، وهذا مايعرف بضمان التعرض الشخصى سواء كــان التعـــرض ماديـا أو تعرضـا قانونيا ، كمـا يلــتزم البائـع بضمـان التعـرض القانــونـى الصادر من الغير وهو الذى يستند الى حق يدعيه الغير على المبيــع •

وسوف نعرض فى فرعين متتاليين لتلك الأحكام تفصيلا ثن نتبعـة فـــى فرع ثالث بأحكام ضمان الاستحقاق على النحو التالى :ـ

الفـــــرع الأول

أحكـام ضمـان التعـــرض الشخصـــــى

(التعرض المادى والقانونـــــــى)

مضمونـــــــه ـ خصائصـــــــه ـ جزاء الاخـــلال بـه

(أ) : مضمون التعرض الشخصـى :

لما كان الـتزام البائع الرئيسـى هو نقـل الحق المبيـع الى المشتـــرى فيجـب أن يمتنع البائع عن كل عمل يتعارض مع التزاماتـه ويكون من شأنه حرمان المشترى من الانتفاع بالمبيع حرمانا كليا أو جزئيـا ٠

وعلى ذلك يلـتزم البائع بعدم التعرض للمشترى سواء كـان التعـرض ماديـا أو قانونيا (١) فأمـا عن التعرض المادى ٠ فقد استقر قضـاء محكمـــــة النقض علـى أنه " يعتبر تعرضا ماديا كـل فعل يقوم به البائـع يترتـــب عليه حرمان المشترى من الانتفاع بالمبيع حرمانا كليا أو جزئيـا دون أن يستنـد الى حق يدعيه "٠

ومن أمثلة التعرض المادى ، أن يغتصب البائع الأرض المبيعـه كلهـــا أو بعضهـا ، أو أن يقوم المؤلف الذى باع حـق الاستغلال المالـــــــى لمصنفه مرة آخرى قبل نفاذ الطبعات التى تم بيعهـا ٠ أو أن يقوم بائـــــع المحل التجارى بانشاء متجـر مجـاور من نفس النـوع اذ أن مـن شأن ذلك

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٦٢/٦/٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ رقم ١١٤ ص ٤٤١٠

اجتذاب العملاء من المشترين مما ينقص من قيمة المتجر المبيع ٠

وقد ذهب بعض الفقهاء [١] الى أن التعرض المادة قد ينتج عن تصرف قانونى يصدر من البائع الى الغير كأن يبيع البائع العقار بعد سبق بيعه ويبادر المشترى الثانى الى تسجيل عقده قبل المشترى الأول ، فتنتقل الملكيه اليه وينتزع منه العقار ٠ فهنا يقع تعرض من جانب المشترى الثانى وهو تعرض صادر من الغير وفى الوقت نفسه تعرض شخصى أى تعرض صادر من البائع نفسه لأن المشترى الثانى فقد تعرضه قد استمد حقه من البائع ٠

أما التعرض القانونى فيكون بادعاء حق يترتب عليه حرمان المشترى من كل أو بعض مزايا الحق المبيع الا أن يكون الحق الذى يستند اليه البائع مستمدا من عقد البيع ذاته أو من القانون بحيث لايتعارض مع التزامات البائع ٠ ومثال ذلك أن يكون المبيع غير مملوك للبائع وقت البيع ثم يتملك البائع ما باعه بسبب من أسباب كسب الملكية كالميراث أو الشراء من المالك الحقيقى ، فاذا رفع البائع دعوى على المشترى يطلب فيها استحقاق المبيع باعتبار أنه مالك له كان هذا تعرضا قانونيا غير جائز [٢] كما يعتبر تعرضا غير جائز أن يكون العقار المبيع محملا بحق ارتفاق غير ظاهر لمصلحة عقار آخر مملوك للبائع ولم يعلم البائع

---

(١) راجع د/ خميس خضر المرجع السابق ص١٩١ ٠

(٢) راجع د/ خميس خضر ، المرجع السابق ص١٩٠ ومابعدها ٠

المشترى وقت العقد بوجود هذا ثـــم يتمسك البائع بهذا الارتفـــاق ضـد المشترى ٠

على أن استناد البائع الى حق يستمده من عقد البيع ذاته لايعتبر تعرضا ٠ فلا تعارض بين ضمان البائع للتعرض وبين قيام البائع بالتنفيذ الجبرى على الشيء المبيع استيفاء للثمن أو ما تبقى منه ٠

الا أن التساؤل يثور حول ما اذا كان تمسك البائع بتملك العقار المبيع بالتقادم يعتبر تعرضا ؟

أثار هذا التساؤل العديد من المشاكل ولكي يحسن فهمه ينبغي التفرقه بين فرضين :

الأول : أن يبيع البائع عينا لايملكها ثم يتملكها بعد ذلك بالتقادم وهنا ليس له المطالبة بتثبيت ملكيته فى مواجهة المشترى لأن ذلك يعتبر منه تعرضا ٠

الثانى : هو أن يكون البائع مالكا ويسلم المبيع للمشترى ثم يضع يده بعد ذلك على المبيع ويستمر في وضع يده خمس عشرة سنه فهل يجوز للبائع أن يتملك المبيع بالتقادم فى مواجهة المشترى أم أنه لايجوز له ذلك ؟ (١) ٠

أجاب على هذا التساؤل القضاء والفقه الفرنسى (٢) بأنه لايجوز

---

(١) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ص٢٤٠ ــ ٢٤١ ٠

(٢) راجع نقض فرنسى ١٩١٢/٥/١٣ ،داللوز ١٩١٣ ، سيرى ١٩١٤ أوبرى ورو ج٥ بنده ٣٥ ص٦٣ ٠

للبائع أن يتمسك بهذا التقادم المكسب فى مواجهة المشترى لأنه ضامن لتعرضه ومن وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض والتزام البائع فى هذا الشأن التزام مؤبد • غير أن محكمة النقض المصرية وجانب من الفقه المصرى (١) ذهبت الى العكس من ذلك من أنه لايحول التزام البائع بضمان التعرض الشخصى بينه وبين التمسك بملكية المبيع بالتقادم المكسب اذا مامضت مدة الحيازه القانونية دون أن يتخللها ما يعكر عليه صفو انتفاعه • وقضت فى حكم لها " متى كان الأساس التشريعى للتملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك بالتقادم لدى واضع اليد ، كان القول بأن تمسك البائع باكتساب ملكية العقار بوضع اليد عليه فى المده الطويلة بعد بيعه وانتقال الملكية الى المشترى يعتبر من جانبه تعرضا لايتفق وواجب الضمان المفروض عليه قانونا كان هذا القول مخالفا للقانون" •

(ب) خصائصه :

للالتزام بضمان التعرض الشخصى عدة خصائص نوجزها فيما يلى :ـ

١ ـ عدم القابلية للانقسام :

يعتبر الالتزام بضمان التعرض الشخصى هو التزام بامتناع عن عمل فهو اذن غير قابل للانقسام • فلو تعدد المالكون للبيع كأن يتملك شخصان

---

(١) راجع نقض مدنى مصرى ١٩٦٩/١/١٦ الطعن ٥٧٥ السنة ٣٤ ق مجموعة المكتب الفنى ص٢١٨•

منزلا على الشيوع ثم قاما ببيعه معا ثم ظهر بعد ذلك أن أحدهما لايرث فى هذا المنزل • فلا يجوز للوارث الحقيقى أن يسترد من المشترى شيئا لأنه ضامن تعرضه فى كل المنزل (١).

٢ - بطلان الاعفاء من شرط الضمان الشخصى :

لايجوز اشتراط عدم ضمان البائع تعرضه الشخصى • فقد ورد النص على ذلك فى عجز المادة ١/٤٦٦ مدنى التى نصت على أنه " اذا اتفق على عدم الضمان بقى البائع مع ذلك مسئولا عن أى استحقاق ينشأ من فعله ويقع باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك ".

فليس للبائع أن يشترط على المشترى اعفائه من الضمان الناتج عن فعله الشخصى • فاذا كان القانون قد أجاز الاتفاق على تشديد الضمان أو الانقاص منه أو اسقاطه ، الا أنه لم يجز أن يشترط البائع الاعفاء من الضمان عن فعله •

٣ - الدائن والمدين فى التزام التعرض الشخصى :

الدائن فى هذا الالتزام هو المشترى لأنه هو الذى يقع عليه التعرض عادة • وينتقل منه هذا الحق الى ورثته • اذ أن القاعده هى انتقال الحق من السلف الى الخلف العام • فاذا اشترى

---

(١) راجع د/ جميل الشرقاوى ، المرجع السابق فقرة ٦٦ ص٢٣٠ ، د/ السنهورى ، الوسيط ج٤ ص٦٣٤ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقى المرجع السابق فقرة ١٣٨ •

شخص منزلا ثم توفي فليس للبائع أن يتعرض بعد ذلك لورثة المشترى فى انتفاعهم بالمبيع • وكما ينتقل هذا الحق الى الخلف العام فانه ينتقل أيضا الى الخلف الخاص • ومثال ذلك أن يتعدد المشترون للمبيع كأن يبيع (أ) منزلا الى (ب) ثم يقوم (ب) ببيعه الى (ج) فان البائع (أ) يلتزم بضمان تعرضه الشخصى لانحو (ب) فقط وانما يلتزم به قبل (ج) أيضا • فاذا حدث وتعرض (أ) الى (ج) فى انتفاعه بالمبيع كان له أن يطلب منه منع هذا التعرض تنفيذا لالتزامه بالضمان وليس لـ (ج) اللجوء الى طريق الدعوى المباشرة لأنها لاتتقرر الا بنص قانون (١) •

وأما المدين فى هذا الالتزام فهو البائع • ولاينتقل هذا الالتزام من البائع الى ورثته • لأن القاعدة فى التشريع المصرى أن الورثة لايسألون فى أموالهم الخاصة عن ديون مورثهم ، ومع ذلك فانهم يتحملون بها بقدر ما انتقل اليهم من التركه أى أن مسئولية الورثة عن ديون التركه تتحدد بقدر ما انتقل اليهم منها •

ولاينتقل الالتزام بضمان التعرض الشخصى الى الخلف الخاص للبائع فاذا باع شخص عينا وانتقلت ملكيتها الى المشترى ثم عاد بعد ذلك وباعها الى مشتر ثان ، فلا يسأل المشترى

---

(١) راجع د/ محمد على عمران المرجع السابق ص٢٤٣ فقرة ١١١•

الأول وهو الخلف الخاص للبائع بالضمان فى مواجهة المشترى الثانى وانما يقع هذا الالتزام على عاتق البائع .

جزاء الاخلال بهذا الالتزام :

فى حالة التعرض المادي كما لو قام البائع بفتح محل تجارى يزاول فيه نفس النشاط السابق فللمتشترى مطالبته بالتعويض . ولاشك أن خير طريقة للتعويض هو الحكم باغلاق المحل الجديد وفضلا عن ذلك فانه يجوز للمحكمة أن تأمر بغرامة مالية يدفعها البائع عن كل يوم أو أسبوع أو شهر يتأخر فيه عن اغلاق متجره الجديد (١).

أما فى حالة التعرض القانونى كما هو الحال فى دعوى استرداد المبيع التى يرفعها البائع الذى لم يكن مالكا وقت البيع اذا ما أصبح مالكا له بعد ذلك . فهنا يكون للمشترى رفع هذه الدعوى تطبيقا لقاعدة من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض . ويؤدى الدفع بالضمان فى هذه الحالة الى رفض دعوى البائع (٢).

وللمشترى فضلا عن ذلك أن يطالب بفسخ عقد البيع والفسخ هنا

---

(١) راجع د/ السنهورى ، المرجع السابق فقرة ١٤٦ .
(٢) راجع د/ محمد لبيب ، د/ مجدى خليل فقرة ١٥٨ .

يخضع لسلطة القاضى التقديرية حسب جسامة التعرض . الا اذا كان عقد البيع يحتوى على شرط فاسخ صريح باعتبار البيع مفسوخا من تلقاء نفسه بلا حاجة الى حكم . فهنا ليس للقاضى سلطة تقديرية (١).

(١) راجع نقض مدنى مصرى ١٥/٩/١٩٦٧ الطعن ١٩٣ السنه ٣٤ ق ص١٥٠٠ ولقد جاء فى هذا الحكم " بأن رجوع المشترى على البائع بضمان الاستحقاق فى حالة استحقاق المبيع لايمنع من مطالبته بالفسخ على أساس اخلال البائع بالتزامه .ويترتب آثار الفسخ فى حالة القضاء به فى هذه الحالة ".
ومعنى هذا أن للمشترى أن يرجع على البائع اما بدعوى ضمان الاستحقاق واما بدعوى الفسخ على أن يخضع فى كل دعوى لما يقرره القانون لها من أحكام .

الفرع الثاني

أحكام ضمان التعرض الصادر من الغير

تمهيد :

يقصد بالتعرض بصفة عامة أنه كل فعل يؤدى الى حرمان المشترى من كل أو بعض السلطات التى يخولها الحق المبيع بحسب الحالة التى كان عليها وقت البيع وما انصرفت اليه ارادة المتعاقدين ٠ وقد جاء نص الماده ٤٣٩ مدنى قاطعا فى وجوب هذا الضمان لتعرض الغير فقرر النص " يضمن البائع عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبى يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشترى ويكون ملزما بالضمان ولو كان الأجنبى قد ثبت حقه بعد البيع اذا كان هذا الحق قد آل اليه من البائع نفسه "٠

وقد علق الفقهاء على تكييف ضمان تعرض الغير (١) فقرر أنه التزام بعمل على خلاف ضمان التعرض الشخصى فهو التزام بامتناع عن عمل ويجب على البائع حتى يوفى التزامه بضمان تعرض الغير أن يصل فعلا الى دفع هذا التعرض ولايكفى أن يبذل جهده فى دفعه فهو التزام بتحقيق غاية وليس التزام بوسيلة ٠

ويتضح من النص المشار اليه أنه يشترط جملة شروط لاعمال هذا الضمان

---

(١) راجع د/ خميس خضر المرجع السابق ص٢٣٢ ٠

وسوف نتولى تباعا شروط اعمال هذا الضمان وخصائصه وأحكام ضمان تعرض الغير .

١ - شروط اعمال ضمان تعرض الغير

يتضح من نص المادة ٤٣٩ مدنى سالف الذكر أنه يجب توافر الشروط الثلاثة الآتية :-

أولا : أن يكون التعرض حالا :

يقصد بالتعرض الحال أى الذى وقع بالفعل (١) من الغير بما يخل بحقوق المشترى . فلا يكفى التعرض المحتمل ، فلو باع شخص عينا مملوكة لغيره فليس للمشترى مطالبة البائع بضمان تعرض الغير له حتى ولو علم بعدم ملكية البائع لما باع طالما أن المالك الحقيقى لم يتعرض للمشترى فى انتفاعه بالمبيع وان كان ذلك لايحول بين المشترى وبين المطالبة بابطال البيع حتى ولو لم يحدث له تعرض اعمالا لقواعد بيع ملك الغير (٢).

ولا يشترط فى وقوع التعرض أن يكون عن طريق رفع دعوى من الغير بل يتحقق متى كان الادعاء القانونى الذى يدعيه الغير لايحتمل الجدل ويتعرض المشترى فى هذا الفرض لفقدان حقه فى الضمان اذا ما استطاع البائع

---

(١) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ص٢٤٦ .

(٢) راجع د/ لبيب شنب ،د/مجدى خليل ، المرجع السابق فقرة ١٦٤ " بيع ملك الغير "

اثبات أن الغير لم يكن على حق فيما يدعيه خلافا لما اعتقده المشتـــــــرى ، وللبائع حتى اذا لم يستطع اثبات ذلك أن يتخلص مـن نتائـج الضمـــــــان اذا هو رد للمشترى المبلغ الذى دفعـه للبائع أو قيمة ما أداه مـن الفوائـــــد القانونية والمصروفات (١) .

ثانيا : أن يكون التعـرض قانونيـــا :

يقتصر ضمان تعرض الغير على التعرض القانونى فقط وليس التعرض المادى ويلاحظ أن التفرقه التعرض المادى والقانونى لاسنـد لهـا فـى النصـــوص القانونيـة الخاصـة بعقد البيـع (٢) وانما نص المشـرع عليهـا فـــــى عقـد الايجـار ولذلك ذهب الفقه والقضاء الى تعـميمهـا على عقد البيـــــع لذات الأسباب التى اقتضت النص عليهـا فى عقد الأيجـار .

وقد ذهـب بعض الفقهـاء الى القول (٣) بأنه اذا كان التزام البائـــع بضمان تعرض الغير قاصر على التعرض القانونى الا أنه يشمل مـع ذلـــــك التعرض القائم على سبب مادى اذا كان هذا التعرض سابق علـى التسليـــــم لأن فى ذلك اخلال من البائـع بالتزامـه بتسليـم المبيع بنفـس الحالـــــة التى كانت عليهـا وقت البيـع .

ويقصد بالتعرض القانونى ذلك الادعاء الذى يصدر عن الغيـر بـــــأن

---

(١) راجع د/ توفيق فرج المرجع السابق فقرة ١٧٥ .
(٢) راجع د/ توفيق حسن فرج ، المرجع السابق فقرة ١٧٣ هامش "٢".
(٣) راجع د/ منصور مصطفى المرجع السابق فقرة ٨٤ ـ

له حقا على المبيع يحتج به على المشتري في دعوى يرفعها عليه أو دون دعوى مع وقوع التعرض بالفعل . ولا يلزم أن يكون الحق الذي يدعيه الغير ثابتا بل يكفي مجرد الادعاء به حتى لو كان هذا الادعاء ظاهر البطلان .

فقد يكون هذا الحق عينيا أو شخصيا . ومثال الحق العيني الذي يدعيه الغير على المبيع حق الملكية على المبيع كله أو بعضه . فيتقدم الغير الى المشتري باعتباره المالك الحقيقي للمبيع كله أو بعضه ويطالب برد مايدعي ملكيته . وقد يكون الحق العيني حق رهن يدعيه الغير على المبيع أو اختصاص أو امتياز أو انتفاع أو حكر (١) ومثال الحق الشخصي اذا تعرض المستأجر للمشتري بأن تمسك في مواجهته بحقه كمستأجر وجب على البائع أن يدفع عنه هذا التعرض .

وأما بالنسبة لحقوق الارتفاق فقد خصص لها المشرع في المادة ٢/٤٤٥ مدني حكما خاصا بها التي نصت على " يفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان اذا كان هذا الحق ظاهرا أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري ".

والارتفاق الظاهر الذي لايضمنه البائع هو الذي تدل عليه بعض العلامات الخارجية كمجرى مائي يخترق الارض لمصلحة الأرض المجاورة

---

(١) راجع نقض مدني ١٩٤٦/١/٢٤ مجموعة عمر رقم ٢٩٠ ص٧٦٠ .

وأما اذا كان الارتفاق غير ظاهر وأبان عنه البائع للمشترى عند التعاقـــد فلا يكـون البائع ضامنـا فى كلتا الحالتين (١) .

ثالثا : أن يكون حق المعترض ثابت له وقت البيع أو آل إليه بعد البيـــع بفعـل البائـع :

جاء نص الماده ٤٣٩ مدنى صريحـا فى وجـوب هـذه الشـرط"٠٠٠٠٠. يكون له حـق على المبيع يحتج به على المشترى ويكون البائع ملزما بالضمـــان ولو كان البائع ثبت حقه بعد البيع اذا كان هذا الحـق قد آل الـــــى البائـع نفســه "٠

يتضح من هذا النص أن البائع ضامن لتعرض الغيـر اذا كـان سببــه مـوجـودا وقت البيـع ٠ ويستوى فى ذلك أن يكـون الأجنبـى قـد استمــد هـذا الحـق من البائـع أم أن يكون قد اكتسبـه استقلالا بوضـع اليـــد المـدة الطويلـه المكسبـة للملكيـة ٠

أمـا اذا كان الحـق قد ثبت للأجنبى بعد البيـع فيجـب أن يكـــون الحـق قـد آل الى المتعرض عن طريق البائع حتى يمكـن الزامـه بالضمان٠

ومثال ذلك : أن يبيع العقار ثم يقوم ببيعـه مرة ثانيـة الـــــى مشتـر آخـر يبادر الى تسجيل عقده ، فهنـا يلتزم البائـع بضمان هذا التعرض

---

(١) راجع د/ محمد على عمران المرجع السابق ص٢٤٨ ٠

وييرر الفقه الزام البائع بالضمان فى مثل هذا الفرض بأن التعرض يعتبر صادرا من البائع نفسه بطريق غير مباشر (١).

وأما اذا كان الحق الذى يدعيه المتعرض لاحقا على عقد البيع ولم يكن قد آل الى المتعرض من البائع نفسه فلا ضمان على البائع . ومثال ذلك أن تنزع ملكية المبيع للمنفعة العامة بعد البيع أو أن يدعى الأجنبى اكتساب ملكية المبيع بالتقادم ولو كانت هذه المدة قد بدأت فى السريان قبل البيع طالما أن المدة الباقية كانت تكفى المشترى لاتخاذ الأجراءات اللازمة لقطع التقادم .

٢ - خصائص ضمان تعرض الغير

أولا : مدى انتقال هذا الالتزام الى الخلف العام والخلف الخاص :

يعتبر البائع هو المدين فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير ومن ثم فهو ضامن للتعرض الصادر منه والتعرض الصادر من الغير أيضا (٢) ولاينتقل هذا الالتزام بالضمان الى الخلف العام لأن الالتزام فى القانون المصرى لاينتقل من المورث الى الوارث بل يبقى دينا فى التركة (٣)

---

(١) راجع د/ لبيب شنب ، د/ مجدى خليل المرجع السابق فقرة ١٦٣ .

(٢) راجع د/ خميس خضر ، المرجع السابق فقرة ١٣٢ .

(٣) راجع د/ السنهورى ، الوسيط ج "٤" ص٦٥٣ بند ٣٤٣ .

كذلك لاينتقل التزام البائع بضمان تعرض الغير الى الخلف الخاص فلو باع شخص عينا لمشتر أول انتقلت اليه الملكية ثم باع نفس العين لمشتر ثان فان البائع يكون مسئولا عن الضمان نحو المشترى الثانى ولايكون المشترى الأول وهو الخلف الخاص للبائع على هذه العين مسئولا عن الضمان (١)

ثانيا : مدى قابليته للانقسام :

التزام البائع بضمان تعرض الغير اما أن يطالب المشترى بتنفيذه عينا فيدعو البائع الى جعل لغير يكف عن تعرضه واما أن يطالب بتنفيذه عن طريق التعويض برجوعه على البائع بضمان الاستحقاق اذا تعذر التنفيذ العينى • فى الحالة الأولى يكون الالتزام غير قابل للانقسام فلو باع شخصان منزلا على الشيوع وتعرض للمشترى أجنبى يدعى حقا على المنزل كان للمشترى أن يطلب من أى من البائعين تنفيذ الالتزام بضمان التعرض كاملا تنفيذا عينيا بأن يطلب منه أن يجعل الأجنبى يكف عن تعرضه فى المنزل كله لا فى نصيب هذا البائع فقط •

وعادة يرفع الأجنبى دعوى استحقاق المنزل على المشترى ، فيدخل المشترى أحد البائعين ضامنا فى الدعوى وعلى البائع الذى أدخله المشترى ضامنا فى الدعوى أن يثبت أن ادعاء الأجنبى لا أساس له فى كل المنزل لا فى نصيبه فقط • ولهذا البائع أن يدخل البائع

---

(١) راجع د/ خميس خضر ، المرجع السابق ص٢٣٥ هامش "١" •

الآخر ضامنا معه فى الدعوى ليعاونه فى هذا الاثبات وليتحمل معه مصروفات الدعوى عند الاقتضاء ٠

وفى الحالة الثانية ٠ أى المطالبه بالتعويض فهو قابل للانقسام لأن محل الالتزام وهو دفع مبلغ من النقود يقبل الانقسام بطبيعته ففى مثالنا السابق اذا نجح الأجنبى فى تعرضه واسترد المنزل من تحت يد المشترى رجع المشترى بضمان الاستحقاق على كل من البائعين بقدر نصيبه فى المنزل ومن ثم ينقسم التعويض بينهما (١).

ثالثا : للدائن فى هذا الضمان الرجوع بالضمان عند توالى البيوع :

الدائن فى هذا الالتزام هو المشترى ٠ وينتقل هذا الحق الى الخلف العام فلو اشترى شخص منزلا وتركه لوارث وتعرض أجنبى للوارث فى المنزل كان للوارث أن يرجع على البائع كما كان مورثه يستطيع أن يرجع عليه ٠ وينتقل هذا الحق أيضا الى الخلف الخاص فى العين المبيعه فلو باع شخص منزلا وباع المشترى هذا المنزل الى مشتريين آخرين فان البائع يكون ملزما التعرض الصادر من الغير لا نحو المشترى الأول فقط بل أيضا نحو المشترى الثانى وهو الخلف الخاص للمشترى الأول فى المنزل المبيع ٠ فاذا استرد الغير المنزل من المشترى الثانى بعد أن أثبت ملكيته له ، فان المشترى الثانى يستطيع أن يرجع بضمان الاستحقاق

---

(١) راجع د/ السنهورى ، المرجع السابق ص٦٥٥ بند ٣٤٣ ٠

على المشترى الأول وهو البائع له بموجب عقد البيع الصادر له من هذا المشترى الأول •

ويستطيع كذلك أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع عن طريق الدعوى غير المباشره باستعمال دعوى المشترى الأول على البائع ولكنه فى هذه الدعوى غير المباشرة يتحمل مزاحمة دائنى المشترى الأول ويستطيع آخيرا أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع بدعوى مباشرة ، وهى نفس دعوى المشترى الأول على البائع وقد انتقلت اليه من المشترى الأول (١).

٣ ـ أحكام التزام البائع بدفع تعرض الغير

لايخلو تعرض الغير للمشترى من أحد فروض ثلاثة : الاول : قد يعمد المشترى الحريص الى اخطار البائع بهذا التعرض حتى يدفعه عنه ويتدخل • والثانى : قد يقوم المشترى بهذا الاخطار ولا يتدخل البائع والثالث : قد لايخطر المشترى البائع بهذا التعرض • ومن ثم فلا مناص من عرض الفروض الثلاثة حتى يتضح لنا كيفية اعمال هذه الأحكام •

الفرض الأول : اخطار المشترى للبائع بالتعرض وتدخله :

اذا تعرض الغير للمشترى وجب على هذا الأخير اخطار البائع بهذا التعرض فى الوقت الملائم ولم يرسم المشرع لهذا الاخطار شكل معين

---

(١) راجع د/ خميس خضر ، المرجع السابق ص٢٣٦ بند ١٣٤ .

ومن ثم فقد يتم بخطاب موصى عليه أو شفاهة وعلى المشترى فى هــذه الحالـــة أن يثبت قيامه بالاخطار (١) وقد لايقتصــر المشترى على مجــرد اخطــــار البائع بالتعرض بل قد يدخله فــى الدعــوى التــى رفعهــا الغيــر المتعــــرض عليــه • وفى هــذا بالنسبه للمشترى اقتصاد فى الوقــت والنفقات اذ أن الحكــم الذى سيصدر فــى الدعــوى يكــون حجــة علــى المشترى والبائع علـــــــى حــد سواء ، وبه يتوقــى المشترى عــبء رجوعــه بعــد ذلك على البائـــــع بدعوى أصليـــه •

واذا ما أدخــل البائع فى الدعوى المرفوعــه من الغير علــى النحــــو السابق بيانه أو تدخل فيها من تلقاء نفســه فللمشترى أن يطلب اخراجـــــه منهـا ويحــل البائع فيهــا محله ليتفادى بذلك الحكم عليه بالمصروفات اذا مانجح المتعرض فى دعواه • والغالب أن يفضل المشترى البقـاء فــى الدعــــــوى حتــى يراقب البائع فى دفاعــه ويساعــده فيه وحتــى يحول أيضـا دون تواطــؤ محتمل بين البائع والمتعرض • فاذا نجــح البائع فى دفــع هذا التعرض فانـــــه يكون قد نفذ التزامه تنفيذا عينيا ، وتحمــل المتعــرض مصاريف هذه الدعــــوى واذا لم ينجح فى دعواه يجــب على البائــع تعويض المشترى •

الفرع الثانــى : اخطار المشترى للبائــع وعــدم تدخلـــه :

قد لايتدخــل البائع رغم اخطاره بهذا التعرض وينفرد المشترى بالدفـــاع عن حقه فاذا وفق ونجح فى درء هــذا التعرض بمفرده فينتهــى الأمــر عنـــد

---

(١) راجــع د/ محمد علــى عمران المرجــع السابق ص٢٥٣ بنــد ١١٧ هامش "١" •

هذا الحـد ٠ لكن قد لاينجح المشترى فى دفاعه عـن حقه فهنـا يجـب علـى البائع الضمان الا اذا أثبت أن الحكم الصادر فـى الدعوى كـان نتيجـة تدليـس أو خطأ جسيم من المشترى (١) ٠

وقد يتصالح المشترى مع المتعرض يعترف له بحقه وهو حسـن النيـة دون انتظار صدور حكم قضائى لفض هذا النزاع فلا يترتب علـى هـذا التصالـح أو الاعتراف سقوط حق المشترى فى الضمان طالما أنه أخطـر البائع فـى وقت ملائم ٠ ويستطيع البائع في هذه الحالة أن يدفع عـن نفسه رجوع المشترى عليه بالضمان اذا أثبت أن المتعرض لم يكن محقـا فى دعواه (٢) ٠

الفرض الثالث : عدم اخطار المشترى للبائع مطلقا :

الأصـل هو وجوب اخطار البائع بالتعرض ليدفعـه عن المشترى ٠ فـاذا لـم يقـم المشترى بهذا الاخطار فهو مقصر ٠ ويستطيـع البائع أن يتوقـى دعـوى الضمـان التـى قد يرفعهـا على المشتـرى اذا أثبـت أن تدخلـه فـى الدعـوى كـان يـؤدى الـى رفضهـا ولا يكلـف البائـع فـى هـذه الحالة باثبـات غش المشترى أو خطئه الجسيم (٣) ٠

---

(١) راجع نص الماده ٢/٤٤٠ مدنى بالتفصيل ٠
(٢) راجع الأعمال التحضيرية ج٤ ص٨٩ ـ ٩٠ ٠
(٣) راجع د/ منصور مصطفى المرجع السابق ص١٩٨ ،د/ اسماعيل غانـم المرجع السابق ص٢٢١ ٠

الفرع الثالث

أحكام ضمان الاستحقاق

Garantie d'evicties

تمهيد :ـ

يقصد بضمان الاستحقاق التزام البائع بتعويض المشتري عما أصابه من ضرر بسبب استحقاق المبيع . ويرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق وهو ما لا يتأتى الا اذا كان البائع قد تدخل في الدعوى ، واما بدعوى أصلية يرفعها المشتري بعد ثبوت الاستحقاق . وقد أوضح المشرع عناصر التعويض الذي يلتزم به البائع في المادتين ٤٤٣ ، ٤٤٤ من التقنين المدني. ويختلف التعويض في حالة الاستحقاق الكلي عنه في حالة الاستحقاق الجزئي وثبوت تكليف على المبيع .

(أ) التعويض في حالة الاستحقاق الكلي :

يقصد بالاستحقاق الكلي حرمان المشتري من المبيع كله (١) كأن يبيع شخص مالا ليس مملوكا له ، ثم تثبت بعد ذلك الملكية للمالك الحقيقي ويسترد المبيع من تحت يد المشتري . فهنا يكون الاستحقاق كليا لما يترتب على الاسترداد من حرمان للمشتري من المال المبيع كله .

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ١٩٦٣ بند ١٦٠ ص٢٢٣ ،د/ السنهوري ، الوسيط ج٤ ص٦٧٧ .

ولقد أفصح نص الماده ٤٤٣ مدنى عن عناصر التعويض وطريقة حسابه كل هذا يفترض بطبيعة الحال أن يكون رجوع المشترى على البائع فى هذا المثال السابق بناء على القواعد الخاصة ببيع ملك الغير (١).

وقد يلجأ المشترى أيضا الى دعوى الفسخ لعجز البائع عن الوفاء بالتزامه بنقل الملكية اليه فتكون القواعد العامه هى الواجبه التطبيق ولا يقدر التعويض وفقا لنص الماده ٤٤٣ مدنى .
وسوف نعرض فيما يلى لعناصر التعويض المشار اليها فى نص الماده ٤٤٣ مدنى تفصيلا فيما يلى :

١ ــ قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت :

أول ما يلتزم به البائع هو قيمة المبيع وقت الاستحقاق . ووقت الاستحقاق هو الوقت الذى رفعت فيه دعوى الاستحقاق ، لأن الحكم بالاستحقاق يستند الى يوم رفع الدعوى .

فالمشترى يرجع بقيمة المبيع لا بالثمن لأننا بصدد دعوى ضمان الاستحقاق لابصدد فسخ أو ابطال . وعلى ذلك يستفيد المشترى اذا كانت قيمة المبيع وقت الاستحقاق أكبر من الثمن الذى دفعه . أما اذا كانت أقل فمن مصلحته أن يطلب فسخ البيع أو ابطاله اذا كان المبيع مملوكا للغير حتى يسترد الثمن .

---

(١) راجع د/ محمد على عمران المرجع السابق ١٩٧٢ ص٢٥٦ .

والى جانب قيمة المبيع وقت الاستحقاق يلتزم البائع بالفوائد القانونية عن هذه القيمة من وقت الاستحقاق أيضا ، وفى هذا خروج على القاعدة العامة التى تقضى بأن الفوائد لاتسرى عند عدم الاتفاق الا من تاريخ المطالبه القضائية طبقا لنص المادة ٢٢٦ مدنى . ولعل تبرير الخروج على حكم القواعد العامة هنا يرجع الى أن المشترى حرم من ثمار المبيع من وقت الاستحقاق فيعوض عنها بالفوائد من هذا الوقت . أى يقوم المشترى برد الريع الذى يغله المبيع (١) ويستحق المشترى هذه الفوائد سواء كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق أو كان لايعلم به (٢).

٢ — قيمة الثمار التى التزم المشترى بردها لمن استحق المبيع :

الأصل المقرر قانونا أن للمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره . ولكن اذا استحق المبيع وجب على المشترى رد الثمار الى المستحق لأنها كانت فى الأصل واجبة له . وطبقا لحكم الماده ٩٧٨ مدنى أن من قبض الثمار وهو حسن النية لايلتزم بردها لأحد فلا يلتزم المشترى اذن برد الثمار الى المستحق طالما أنه كان حسن النيه ، أى غير

---

(١) راجع د/ محمد عمران المرجع السابق ص٢٥٨ .
(٢) راجع د/السنهورى المرجع السابق ص٦٧٩ .

عالم بحق المستحق فى المبيع والثمار • وفى مقابل ذلك فان المشترى يلتزم برد الثمار الذى قبضها والتى قصر فى قبضها من اليوم الذى يصبح فيه سيء النيه بعلمه بحق المستحق •

والأصل حسن النية ويقع على عاتق المستحق عبء اثبات علم المشترى بحقه • وتزول حسن نية المشترى من اليوم الذى ترفع عليه دعوى الاستحقاق • وبالبناء على ذلك فان المشترى يلتزم برد الثمار التى قبضها للمستحق من اليوم الذى ترفع فيه دعوى الاستحقاق كما يلتزم أيضا برد الثمار التى قبضها قبل ذلك من اليوم الذى يعلم فيه بحق المستحق • ويرجع المشترى على البائع بقيمة هذه الثمار عدا ماقبضه منها بعد الاستحقاق فالفرض أنه قد استعاض عنها بالفوائد القانونية لقيمة المبيع (١) •

٣ - المصروفات :

يجب التفرقه فى هذا الصدد بين المصروفات النافعة والضرورية والكمالية فاذا كانت المصروفات ضرورية وهى تلك التى تكون لازمة لحفظ الشيء وصيانته • فلا رجوع للمشترى على البائع بها اذ يلزم بها المستحق عملا بالمادة ١/٩٨٠ مدنى التى نصت على أنه " على المالك الذى يرد اليه ملكه أن يؤدى الى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات

---

(١) راجع د/ منصور مصطفى ، المرجع السابق فقرة ٨٦ ، ومجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٩٦ •

الضرورية ٠

أما اذا كانت المصروفات نافعة وهى تلك التى لاتقوم ضرورة تستدعى انفاقها وانما يترتب عليها زيادة فى قيمة المبيع ، فلا يحق للمشترى دائما مطالبة المستحق بها كاملة فيكون له (أى المشترى) أن يرجع على البائع بما لم يستطيع أن يلزم به المستحق قانونا من هذه المصروفات النافعة ٠ ومثال ذلك أن يبنى المشترى حجرة اضافية بالعقار الذى قام بشرائه أو طابقا جديدا فوق الطبقات الأصلية ، فيطبق فى هذه الحالة أحكام المادتين ٩٢٤ ، ٩٢٥ مدنى ٠ وهى الأحكام الخاصة بالالتصاق وينبغى هنا التفرقة بين ما اذا كان الحائز سىء النية أو حسن النية ٠

فاذا كان الحائز سىء النية ، (أى المشترى) بأن كان يعلم وقت الاتفاق بحق المستحق ، فللمستحق أن يطالب المشترى بازالة ما أقامه على نفقته مع التعويض ان كان له وجه ٠ وله أيضا استبقاء ما أقامة المشترى مقابل دفع قيمة مستحق الازالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب ما أقامه المشترى ٠ وللمشترى بعد ذلك أن يرجع بالفرق على البائع اذا كان مادفعه المستحق أقل مما أنفقه المشترى من مصروفات ٠

وأما اذا كان حسن النية بأن كان لايعلم وقت قيامه بالاتفاق بحق المستحق ، فليس لهذا الأخير مطالبته بالازالة ٠ ولكنه يخير بين أن يدفع للمشترى قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغا

يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت • ومما لا شك فيه أن المستحق سيختار أقل القيمتين ، فاذا كانت قيمة الزيادة فى المبيع أقل مما أنفقه المشترى من مصروفات ، كان لهذا الأخير أن يرجع على البائع بالفرق (١).

وفى حالة المصروفات الكمالية أى التى أنفقها المشترى بقصد الزخرفه فالقاعدة فى شأنها أنه ليس للمشترى المطالبة بشيء منها • ومع ذلك يجوز له أن ينزع هذه التحسينات الكمالية بشرط اعادة الشيء الى حالته الأولى الا اذا اختار المستحق الابقاء عليها مقابل دفع قيمتها •

وليس للمشترى أن يرجع على البائع بما أنفق من مصروفات كمالية الا اذا كان البائع يعلم وقت البيع بسبب هذا الاستحقاق (٢).

٤ — مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق :

للمشترى أن يرجع على البائع بجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق التى يكون قد أنفقها • ويدخل فى هذه المصروفات رسوم الدعاوى وأتعاب الخبراء والمحاماه • الا أن البائع لا يتحمل بالمصروفات التى كان باستطاعة المشترى أن يقيه منها لو أخطره بهذه الدعاوى فى الوقت المناسب •

---

(١) راجع د/ خميس خضر العقود المدنية الكبيرة عام ١٩٨٤ ص٢٤٤٠
(٢) راجع د/ لبيب شنب ،د/ مجدى خليل ، المرجع السابق ص٢٢٦
د/ توفيق فرج المرجع السابق ص٢٠٦ •

ويمثل أستاذنا الكبير السنهوري " أن يبطئ المشتري في اخطاره للبائع بالدعوى أولا يخطره بها أصلا فيترتب على ذلك اطالة الاجراءات بغير مقتضى فتزيد المصروفات (١) . أو لو تكبد المشتري مصاريف في سبيل استخراج مستند أو صورة منه كانت في حوزة البائع وكان باستطاعة هذا الأخير أن يقدمه بلا تحمل لهذه النفقات . واذا ما استحق البيع ورجع المشتري بعد ذلك على البائع بدعوى ضمان أصليه فانه يكون أيضا للمشتري أن يرجع على البائع بما تكبده من مصروفات في هذه الدعوى

٥ ـ التعويض عما لحق المشتري من خسارة وما فاته من كسب مما لا تشمله عناصر التعويض السابقة :

بعد أن أفصح المشرع في عجز الماده ٤٤٣ مدني عن عناصر التعويض الأربعة سالفة الذكر جاء في البند الخامس في النص وقرر " وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو ما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع ".

والقصد من هذه العبارة هو تقرير حق المشتري في طلب التعويض عن كل خسارة لحقت به أو كسب فاته مما لاتشمله عناصر التعويض المنصوص عليها في البنود السابقة ، وليس في ذلك على حد قول المذكرة الأيضاحية الا تذكير بالقواعد العامه (٢) . وتطبيقا لهذا يجوز

---

(١) راجع د/ منصور مصطفى ، المرجع السابق فقرة ٨٦ ص٧٥ .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٩٢ .

للمشترى أن يرجع على البائع زيادة على العناصر السابقة بمصاريف تحرير عقد البيع مثلا والسمسرة ورسوم التسجيل أو بما فاته من كسب بسبب فوات صفقة رابحة • غير أنه يجب التنويه فى هذا المقام أن التعويض يقتصر على الأضرار المتوقعة تطبيقا للقواعد العامه فى المسئولية التعاقدية الا اذا كان البائع قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما (١).

(ب) التعويض فى حالة الاستحقاق الجزئى وثبوت تكليف على المبيع :

يتحقق الاستحقاق الجزئى بثبوت ملكية الغير لجزء من العين المبيعة سواء كان الجزء المستحق مفرزا أو حصة شائعة فى العين كلها ،أو ينزع ملكية بعض المبيع استيفاء للحق المضمون بالرهن •

أما التكليف فيقصد به حق مقرر للغير يكون من شأنه تقييد انتفاع المشترى بالمبيع سواء كان ذلك حقا عينيا كحق ارتفاق غير ظاهر ولم يفصح عنه البائع للمشترى أو حق انتفاع أو حكر أو كان حقا شخصيا كحق المستأجر •وقد بين المشرع حقوق المشترى فى حالة الاستحقاق الجزئى وثبوت تكليف على المبيع فى الماده ٤٤٤ مدنى التى جاء نصها " اذا استحق بعض المبيع أو وجد مثقلا بتكليف وكانت خسارة المشترى من ذلك قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينه فى الماده السابقة على أن يرد له المبيع وما أفاده منه • فاذا اختار

---

(١) راجع د/ جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ص٢٦٥ ، د/ توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ص٣٧٢ •
Planiol .Ripert et Hamel, t.X.op. cit.,No114

المشترى استبقاء المبيع أو كانت الخسارة التى لحقته لم تبلغ القدر المبين فى الفقرة السابقة لم يكن له الا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق ".

يتضح من هذا النص أنه ينبغى التفرقة بين ما اذا كانت خسارة المشترى جسيمة أو غير جسيمة . والمعيار الذى يعول عليه فى هذا الصدد هو معيار ذاتى أى شخصى (١) وتقدير هذه الجسامة متروك للسلطة التقديرية لقاضى الموضوع بعيدا عن رقابة محكمة النقض . وتعتبر الخسارة جسيمة اذا بلغت حدا لو علمه المشترى عند التعاقد لما أتم هذا التعاقد .

فاذا اشترى شخص أرضا ليقيم عليها مصنعا ثم استحق جزء منها بحيث لايكفى الباقى لاقامة المصنع كانت الخسارة جسيمة بصرف النظر عن مقدار الجزء المستحق . فاذا كانت الخسارة جسيمة كان للمشترى الخيارين رد المبيع وما أفاده منه الى البائع ومطالبته بالتعويض كما لو كان الاستحقاق كليا وبين أن يستبقى المبيع على أن يعوضه البائع عما أصابه بسبب الاستحقاق أو التكليف (٢).

أما اذا لم تكن الخسارة جسيمة على هذا النحو السالف بيانه فيجب

---

(١) راجع د/ خميس خضر ، المرجع السابق ص٢٤٨ ،د/ محد على عمران المرجع السابق ص٢٦٠ .

(٢) راجع د/ أنور سلطان ، المرجع السابق ص٣١٩ بند ٢٥٨ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص١٠١ .

على المشترى أن يستبقى المبيع على أن يعوضه البائع عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق أو التكليف • ومما يجب الاشارة اليه هنا أن التعويض المستحق فى حالة استبقاء المبيع يكون على أساس المسئولية العقدية وفقا للقواعد العامه " على أساس ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب" •

مدى قابلية التزام ضمان الاستحقاق للانقسام :

سبق أن رأينا أن الالتزام بعدم التعرض الشخصى وكذلك الالتزام بضمان تعرض الغير لا يقبلان الانقسام وعلى العكس من ذلك فان الالتزام بضمان الاستحقاق يقبل الانقسام بطبيعته فاذا تعدد البائعون فلا يلتزم كل منهم الا بما يخصه من مقدار التعويض •

ولكن يلاحظ أن الالتزام وان كان قابلا للانقسام بطبيعته الا أنه اذا توفى البائع عن عدة ورثه فيستطيع المشترى أن يطالب أى وارث بكل الدين اذا كان ما آل اليه من أموال التركه يفى بالتعويض المطلوب لأن الالتزام بضمان الاستحقاق مضمون بكل أموال التركه (١) •

(ج) الاتفاقات المعدله للضمان :

نصت المادة ١/٤٤٥ مدنى على أنه " يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق أو ينتقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان "

---

(١) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ص٢٦٦ بند ١٤١ •

فالقواعد المتعلقه بالضمان بهذا النحو الوارد فى النص سالف الذكر لاتعتبر من النظام العام • فقد يتفق المتعاقدان على زيادة الضمان أو انقاصه أو اسقاطه • ويجب أن يكون الاتفاق على تعديل الضمان واضحا فى أن اردة المتعاقدين قد اتجهت فعلا الى هذا التعديل كما يجب عدم التوسع فى تفسير الاتفاقات المنقصه للضمان أو المسقطة له •

وسوف نتولى تباعا أحوال تعديل الضمان " الزيادة ـ الانقاص ـ الاعفاء منه "•

(أ) الاتفاق على زيادة الضمان :

الاتفاق على زيادة الضمان نادر الوقوع من حيث الواقع العملى• ولكن قد يتفق المتعاقدان على زيادة التزام البائع بالضمان " فقد يشترط المشترى على البائع ضمان أعمال هى بحسب الأصل لاتدخل فى الأحكام العامة للضمان• ومثل هذا الاتفاق يقع صحيحا على أن يكون واضحا فى بيان اتجاه ارادة المتعاقدين الى التشديد من الضمان • كما لو اشترط للمنفعة العامة ، أو بنص فى عقد البيع على الزام البائع بأن يدفع للمشترى قيمة ماأنفقه من مصروفات أيا كان نوعها سواء كانت نافعة أم ضرورية أم كمالية وسواء كان البائع حسن النية أم سىء النية • أو ينص فى عقد البيع على أن البائع ضامن لكل تعرض من الغير سواء كان هذا التعرض ماديا أو قانونيا اذ أن فى ذلك (١) خروجا على ماتقضى به القواعد الخاصة بضمان التعرض والاستحقاق •

(١) Pqlaniol, Ripert et Hamel, T.X, No 121. Aubry et Rau p. 75.

(ب) الاتفاق على انقاص الضمـــان :

هذا النوع من الاتفاقات المعدلة للضمان كثير الوقوع ويتخذ صورتيـــن فقـد يتناول (١) الاتفاق على الانقاص من الضمان اما الأعمـال الموجبـــة له فيقلل منها أو مقدار التعويض المستحق فينتقص منه .

ومثال ذلك أن يشترط البائع على المشترى عدم ضمانه لما عسى أن يظهـــر على المبيع من حقوق ارتفاق خفية لايعلم بها البائع أو عـدم ضمـان البائـــع لاستحقاق المبيع اذا كان هذا الاستحقاق يرجع الـى سبـب معين ويعتبـــر أيضا اسقاط للضمان أن يشترط البائع على المشترى عـدم رجـوع هـــذا الأخيـر عليه اذا استحق المبيع الا بالثمن فقط ولو نقص ذلـك عن قيمـــة المبيـع وقت الاستحقاق ، اذ أن من شأن مثل هذا الاتفـاق الانقـــاص من قيمة التعويض التى كان للمشتـرى أن يحصـل عليهـا وفقـا للقواعـــد الخاصة بتقدير التعويض عند الاستحقاق (٢).

ويجب أن يكون الاتفاق على انقاص الضمان صريحـا فى دلالتـه علـــى انصراف ارادة كـل من البائع والمشترى علّى احـداث هذا الأثر ، كمـــا يجـب عدم التوسع فى تفسيره .

وتنص المـاده ٣/٤٥٥ مدنى على أنه " ويقع باطلا كـل شرط يسقـط الضمـان أو ينقصه اذا كان البائع قد تعمـد اخفاء حق الأجنبى ".

---

(١) د/ السنهورى ، المرجع السابق فقرة ٣٥٥ .
(٢) د/ السنهورى المرجع السابق فقرة ٣٥٧ .

فاذا كان البائع علم بما قد يدعيه الغير من حق على المبيع واشترط مع ذلك انقاص الضمان فى خصوص هذا الحق فانه يكون ارتكب غشا ، ولايجوز طبقا للقواعد العامة أن يشترط عدم مسئوليته عن غش ارتكبه حتى لو كانت المسئولية تعاقدية ولايكفى لاعمال الحكم السابق أن يتعمد البائع اخفاء حق الأجنبى بل يجب ألا يكون المشترى على علم بهذا الحق . فاذا كان المشترى على علم بحق الأجنبى ، فلا يكفى مع ذلك القول بأن البائع قد أخفى عنه هذا الحق (١) ويقع على عاتق البائع عبء اثبات علم المشترى بحق الأجنبى على المبيع .

(ج) الاتفاق على اسقاط الضمان :

يجوز الاتفاق على اسقاط الضمان من البائع بشرط عام لايتقيد بسبب معين طبقا لنص المادة ١/٤٤٥ مدنى ولكن هذا الشرط يعتبر كشرط انقاص الضمان باطلا اذا كان البائع قد تعمد اخفاء حق الأجنبى عملا بالفقرة الثالثة من هذه المادة .

واذا كان الشرط صحيحا ثم استحق المبيع من تحت يد المشترى فلا يترتب عليه مع ذلك اسقاط الضمان كلية . ويجب لمعرفة أثر الشرط أن نفرق بين ما اذا كان الاستحقاق قد نشأ من فعل البائع وبين ما اذا كان قد نشأ من فعل الغير .

١ - فاذا كان الاستحقاق من فعل البائع فلا أثر للشرط ويبقى البائع مسئولا عن الاستحقاق .

---

(١) د/ السنهورى ، المرجع السابق ص٧٠٠ .

وقد نصت على ذلك الماده ٤٤٦/١ مدنى بقولها " اذا اتفق على عدم الضمان بقى البائع مع ذلك مسئولا عن أى استحقاق ينشأ من فعله ويقع باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك ".

ويعتبر الاستحقاق ناشئا من فعل البائع اذا كان الأجنبى المتعرض قد تلقى من البائع سواء قبل البيع أو بعده كما لو كان قد باع المبيع من قبل أو عاد فباعه مرة ثانية وسبق المشترى الآخر الى تسجيل عقده .

٢ ـ أما اذا كان الاستحقاق قد نشأ من فعل الغير فلا يترتب على شرط اسقاط الضمان بحسب الأصل الا انقاص مايدفعه للمشترى من تعويض ولكن قد يترتب عليه اعفاؤه من كل نتائج الضمان . وقد نص المشرع على ذلك فى الماده ٤٤٦/٢ مدنى بقوله " أما اذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير فان البائع يكون مسئولا عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق الا اذا أثبت أن المشترى كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق أو أنه اشترى ساقط الخيار ".

ومعنى هذا أن الاتفاق على اسقاط الضمان بشرط عام لايترتب عليه اعفاء البائع من التعويض وانما يقصر التزام البائع على دفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق دون سائر عناصر التعويض الآخرى المنصوص عليها فى الماده ٤٤٣ مدنى ، ولكن يعفى البائع من كل عناصر التعويض اذا أثبت الى جانب شرط اسقاط الضمان أحد أمرين :ـ

الأمر الأول :

هو أن يكون المشترى عالما وقت البيع بسبب الاستحقاق فرضاء المشترى بشرط اسقاط الضمان مع علمه بسبب الاستحقاق يعنى أنه أراد اعفاء البائع

من كل مسئولية عن هذا السبب • ويقع عبء اثبات علم المشتري على عاتق البائع (١)

الأمر الثاني :

هو أن يتضمن العقد مايدل على أن المشترى قد اشترط مخاطرا وأنه يتحمل وحده نتائج استحقاق المبيع للغير وهو ماعبر عنه المشرع بأن يكون المشترى قد اشترى ساقط الخيار •

فاذا تضمن العقد بندا بهذا المعنى يعفى البائع من الضمان كلية لأن عقد البيع يكون فى هذه الحالة من عقود الضرر التى تحتمل الكسب والخسارة •

ويتحقق هذا الفرض في العمل اذا كان هنالك شك حول ملكية شخص أجنبى للمبيع فيشتريه المشتري بثمن زهيد أملا فى عدم ثبوت هذا الحق ويكون المشترى معرضا لخسارة مادفع اذا ثبت الحق •

---

(١) راجع د/ خميس خضر ، المرجع السابق ص٢٥٣ بند ١٤٧ •

المطلب الثانـــى

ضمـان العيـــــوب الخفيـــة

تمهيـــــــد :

لايقتصر التزام البائع على نقل الملكية للمبيع الى المشترى وتسليمـــه له بنفس الحالة التى كان عليها وقت التعاقد ، وضمـان مايحدث للمشتــــرى من تعرض سواء كان صادرا منه أو من الغيـر ، بل يجب عليـه فضــــلا عن ذلك أن يضمن للمشتري ما يوجـد فى المبيـع من عيـوب خفيـــــة تجعله غير صالح لتحقيق الغرض المقصود منه •

ولقد نظم المشرع المصرى التزام البائع بضمان العيوب الخفيـــــة فى المواد من ٤٤٧ ـ ٤٥٥ مدنى • ولايقتصـر هذا الالتزام على عقـــــد البيع وحده وانما يسرى على كـل عقد ناقـل للملكيـه وخصوصا فـــــى عقود المعاوضــات •

وسوف نعرض فيما يلى لتفاصيل هذا الالتزام مـن حيـث تحديــــد المقصود بضمان العيب الخفى ، والشروط التى يجب توافرها فـى العيـــب حتـى يضمنـه البائع وذلك فى فرع أول ثم نتناول أحكـام التزام ضمـــان هـذا العيب فى فرع ثان وأخيـرا اتفاقات الضمـان لهذا العيب فى فرع ثالـث على النحو التالـــى :

الفــــرع الأول

تحديد المقصود بضمان العيوب الخفيه وشروطها

ذهبت محكمة النقض المصرية الى تعريف العيب الخفى [١] بأنـــــه الآفـة الطارئـه التى تخلو منها الفطـرة السليمـة للشىء المبيــع أو هـــو نقيصــه يقتضى العرف سلامة المبيع منها فى غالب الأحوال .

ومما هو جدير بالاشارة اليه هنا أن المشرع فى التقنين المدنى الجديـــد لم يقتصر على ضمان البائع على العيب بالمعنى الدقيق كآفـه طارئـه تخلو منهـا الفطــرة السليمه للمبيـع ، بـل وسـع معنى العيب ليشمـل تخلف صفــــة فى المبيع كفل البائع للمشترى وجودها فيه وذلك فى المواد ٤٤٧ـ٤٤٥ مدنـــى ثم الحــق بضمان العيب بالمعنى الدقيق والصفـة التـى كفـل البائــــــع للمشترى وجودها فى المبيع ضمــان البائع صلاحيــة المبيع للعمل مدة معلومــه فى المادة ٤٤٥ مدنى .

ومن الأمثلة على العيب الخفى " السوس فى الخشب ـ كسر موتور السيارة كون الأرض المبيعه رخوه لكونها كانت مستنقعا وتم ردمــه ـ السمــاد محــــل البيع لم يكن به المادة اللازمة لتقوية التربه ".

ومعيار وجود عيب خفى من عدمه تحكمه السلطة التقديرية لقاضى الموضـــوع ويسترشد القاضى فى كل الأحوال بكون العيب يخرج بالشىء المبيــع عــــــن

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٤٨/٤/٨ مجموعة عمــر ج٤ ص٥٨٧ رقم ٢٩٦.

المألوف فى نوعه ويجعله غير صالح لتحقيق الغرض المقصود منه ٠

وأما اذا كان العيب مما يندر وجوده أو كان شائعا فى مثل المبيع فلا يشمله التزام البائع بالضمان لأنه لايعتبر عيبا بالمعنى الفنى الدقيق ٠ وكذلك فقد قضى بأنه اذا كان كل مايشكو منه المشترى هو أنه وجد الشيء المبيع وقد صنع من مادة غير الماده المتفق عليها فان ذلك فى حد ذاته لايعتبر عيبا طالما أن الماده التى صنع منها المبيع لم تكن تحول دون أن يحقق المبيع الغرض المقصود منه ٠٠

وان أمكن أن يكون ذلك سببا للمطالبة بالابطال اذا توافرت شروط الغلط بأن كانت الصفة المتخلفه جوهرية وكانت هى الدافعة الى التعاقد (١) .

الصفات الواجب توافرها فى العيب حتى يضمنه البائع :

فى واقع الأمر باستعراض نصوص ضمان العيوب الخفيه نجد أنه يجب أن تتوافر عدة شروط منها مايجب توافره فى العيب نفسه ومنها ما يتعلق بالبيع ٠ ويمكن اجمال هذه الشروط فيما يلى :ـ

أولا : شروط يجب توافرها فى العيب نفسه :

١ ـ أن يكون العيب خفيا :

يعتبر العيب خفيا اذا لم يستطع المشترى أن يتبينه وقت البيع اذا فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد ٠ وهذا هو مانصت عليه الماده

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٤٨/٤/٨ مجموعة عمر ج٤ ص٥٨٧ ٠

٤٤٧/٢ مدنى "٠٠٠٠ ومع ذلك لايضمن البائع العيوب التى كان المشترى يعرفها وقت البيع أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى ، الا اذا أثبت المشترى أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أثبت أن البائع قد تعمد اخفاء العيب غشا منه ".

فالمعيار الذى اعتد به المشرع هو معيار الرجل المعتاد . وتقدير ما اذا كان العيب خفيا أم ظاهرا من المسائل الموضوعية التى يختص بها قاضى الموضوع بعيدا عن نطاق الرقابة القضائية لمحكمة النقض .

فيجب أن يكون العيب خفيا وقت البيع (١) فاذا كان العيب ظاهر أو كان المشترى على علم به. فلا يجب الضمان على البائع . ومن ثم يجب التفرقه بين المبيع المعين بالذات والمبيع المعين بالنوع .

ففى النوع الأول يجب أن يكون العيب خفيا وقت البيع واذا ظهر فى وقت لاحق فلا يؤثر ذلك على ضمان البائع لأنه ليس هناك من تقصير يمكن نسبته الى المشترى . وأما اذا كان المبيع معينا بالنوع فذهب البعض الى اشتراط خفاء العيب وقت الافراز . ولكن هذا الاتجاه غير صحيح (٢) لأنه يشترط تمام الافراز فى حضور المشترى . ويجب على المشترى فحص المبيع عند تسلمه له فى هذه الحالة .

---

(١) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ص٢٧٦ عكس ذلك د/ السنهورى " وقت التسليم وليس البيع ".

(٢) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ص٢٧٧.

الا آنه اذا كـان محل الشيء المبيع آله دقيقه أو ميكانيكية أو جهـازا معقـدا ، فيجب على المشترى هنـا الاستعانة بذوى الخبرة الفنيه والا كـان مقصـرا اذا ظهـر بعد ذلك عيب في المبيع • فلا يضمن البائع اذن العيـوب التي كان في استطاعة الخبير أن يكشفها لو استعان به المشترى [١] كـل ذلك تطبيقا للقواعدالعامه، وهي توجب على المشـترى أن يبذل عناية الرجـل العادى في فحصه للمبيع ولاشك أن المشترى يلجأ عادة الى خبير فنـى يستعين برأيه اذا كـان سيقوم بشـراء شـيء دقيق يكون غـير ملما بنواحيـه الفنيه •

حـالات يضمـن فيها البائع العيب ولو كـان ظاهرا :

أكـد المشرع في المادة ٢/٤٤٧ مدني التـى نصت على " ••••••• الا اذا آثبت المشـترى أن البائع قـد أكـد له خلو المبيع من هـذا العيـب أو آثبت أن البائع قد تعمـد اخفـاء العيب غشـا مـنه " •

يتضح من ذلك أن المشرع نص على حالتين يضمن فيهما البائـع مايوجد في المبيع من عيـوب حتـى ولو كـانت هـذه العيـوب ظاهـرة همـا :

---

(١) راجع د•/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق فقرة ١٧١ ، د/لبيب شـنب ،د/ مجدى خليل ، المرجع السابق فقرة ١١٨•

أولا : اذا أكد البائع للمشترى خلو المبيع من هذه العيوب ؟

وهذا الحكم الذى نصت عليه المادة ٢/٤٤٧ مدنى اذ يكون فى هذه الحالة للمشترى أن يعتمد على ما أكده البائع ولايقوم بفحص المبيع وليس للبائع بعد ذلك أن يلوم المشترى أو يدفع عن نفسه دعوى الضمان بمقولة أن العيب لم يكن خفيا .

ثانيا : اذا أثبت المشترى أن البائع قد تعمد اخفاء العيب غشا منه :

يتضح من مطالعة الفقرة الأخيرة من النص السابق أن المشرع تناول هذه الحالة ، وقد أراد المشرع بهذا النص أن يمنع البائع من الاستفادة مما ارتكبه من غش ، كأن يكون موتور السيارة به كسر ويتعمد البائع اخفاء هذا الكسر بطلائه فلا يجوز للبائع بعد ذلك أن يدفع عن نفسه دعوى الضمان حتى ولو كان العيب الذى تعمد اخفاءه ظاهرا وقت المبيع وليس خفيا (١) .

٢ – أن يكون العيب مؤثرا :

يقصد بالعيب المؤثر ذلك الذى ينتقص من قيمة المبيع أو منفعته بحسب الغاية المقصوده من المبيع .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١١١ .

وتستفاد هذه الغاية مما هو مبين في العقد أو ظاهرة من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له [(١)]. فالعيب المؤثر هو الذي يكون من شأنه الحيلولة دون اقدام المشترى على التعاقد لو علم به وقت البيع ولايغنى أن المعيار الذى يجب الاستئناس به بمعرفة ما اذا كان العيب مؤثرا أم غير مؤثر موضوعى وليس شخصى • وتقدير توافره من عدمه هو من المسائل الموضوعية التى يختص بها قاضى الموضوع •

وقد يذكر المتعاقدان الغرض من الشراء فى العقد وقد لايذكرانه فاذا ذكر فى العقد ووجد بعد ذلك فى المبيع عما يحول دون تحقيق الغرض المقصود منه اعتبر هذا العيب خفيا ووجب على البائع الضمان ومثال ذلك أن يذكر فى عقد شراء المبنى أنه معد ليكون مستشفى ثم يظهر بعد ذلك أن هذا المبنى به درجة رطوبة عالية تحول دون هذا الغرض • فان ذلك فيه انتقاص من قيمة العقار ويحول دون تحقيق الغرض المنشود وبالتالى فانه يعتبر عيبا يرجع المشترى بضمانه على البائع [(٢)].

واذا لم يذكر الغرض فى العقد بصفة صريحة فانه يتم الرجوع الى طبيعة التعامل ومايجب أن يتوفر فيه من آمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى فى المعاملات • فاذا كان المبيع آرضا زراعية وكان الشراء بقصد استخدامها فى الزراعة فيعيبها تبعا لذلك وجود نسبة مرتفعة من الأملاح فيها •

---

(١) راجع د/محمد على عمران، المرجع السابق، ص٢٨٠ فقرة ١٣٥.

(٢) راجع د/منصور مصطفى، المرجع السابق ص١٩٨، د/اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٧٣.

ولايشترط أن يكون العيب مؤثرا الا بالنسبة للعيب بمعناه الدقيق أى باعتباره آفة يجب أن تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع ، وأما اذا كان البائع قد كفل للمشترى توافر صفة معينه فى المبيع ثم أتى المبيع بعد ذلك خلوا منها وجب على البائع الضمان فى هذه الحالة بغض النظر عن كون هذه الصفه المتخلفة تعتبر مؤثره ، فاتفاق المتعاقدان عليها دليل على أن لها اعتبار فى نظر المشترى (١).

٣ – **أن يكون العيب قديما :**

ذهب جانب من الفقه (٢) الى أن المقصود بكون العيب قديما أن يكون العيب موجودا وقت التسليم . فاما أن يكون العيب موجودا وقت البيع وبقى الى وقت التسليم واما أن يكون قد حدث بعد البيع وبقى الى وقت التسليم ، وفى الحالتين يكون موجودا وقت التسليم ويكون البائع مسئولا عن ضمانه . ويستند أنصار هذا الاتجاه الى نص المادة ٤٤٧ مدنى التى جاء نصها " يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشترى وجودها فيه ....." .

---

(١) راجع د/منصور مصطفى ، تحديد فكرة العيب الموجب للضمان مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الأولى ، العدد الثانى ١٩٥٩.

(٢) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق بند ١٧٠ ، د/ أنور سلطان ،ص ٣٢٩،د/عبدالفتاح عبدالباقى ، بند ١٦٨، د/البدراوى بند ٣٣٩.

وذهب جانب آخـر [(١)] الى أن شرط القدم يعنى أن يكـــون العيب موجودا وقت العقــد حيث يكـون المبيع معينا بالذات ووقت الافــراز أن كـــان معينا بالنوع لأن المبيع اذا لم يتعين الا بنوعه فلا يتصـــور شـرط القــدم الا بأن يكون موجـودا وقت الافراز أو وقـت التسليم والمعنـــى الأخـــير لايقصده المشرع • وهـم يستندون فى ذلك الى أن عبارة " وقـت التسليم " انما وردت فى حـالة الصفة التى كفل البائع وجودها فى المبيـــع دون حالة العـيب بمعنى الآفة الطارئة • الا أننا نرجح الرأى الأول لصراحـة النـص عليـه ولاتتفق مع أنصـار الاتجاه الثانى فى هـــذا التبرير وذلك لصراحة ماتنص عليه المادة ١/٤٤٧ مدنى من جهـة ومن جهـة أخرى فان ماذكـــره أنصـار هـذا الاتجاه أن ضمان التزام البائع الى الوقت الذى يتم فيه التسليـم مقصورا على حالة ضمان صفة التزام البائع الى الوقت الذى يتم فيـه التسليـيم مقصـور على حالة ضمان صفة معينه فى المبيع ، فهـذا القول لايؤيـــده النص نفسه حيث يبين منه عطـــف حالة العيب على حالة خلـو المبيــــع من نقص الصفات التى كفلها البائع للمشترى •

ويلاحـــظ فى هذا الصدد أن المشرع قد أراد المساواة فى الحكـم بين الوقت الذى يظل فيه البائع ملتزما بالضمان وهـو الوقت الذى يتم فيـــه التسليم وبين الوقت الذى تنتقل فيه تبعة الهـلاك للمبيع من البائع الــــى

---

(١) راجع د/ جمـيل الشرقاوى ، بنـد ٧٢ ، د/ ســليمان مرقس بنـد ٢٥٤ ، د/ لبيـــب شـنب بند ١٩٢ ،ص ٢١٥،٢١٧٠

المشترى • فالبائع ضامن لما فى المبيع من عيوب الى الوقت الذى يتم فيه التسليم كما أوضحنا ، وعليه تقع تبعة الهلاك أيضا الى نفس الوقت (١) ولايشترط أن يكون العيب قد اكتمل وجوده فى المبيع قبل التسليم حتى يلتزم البائع بضمانه بل يكفى أن توجد نقطة بداية هذا العيب •

٤ ـ عدم علم المشترى بالعيب :

يجب بالاضافة الى ما تقدم ألا يكون العيب معلوما للمشترى وقت البيع فاذا كان المشترى على علم به فلا يجب على البائع الضمان • وهذا ما أكده صريح نص الماده ٢/٤٤٧ مدنى • ففى اقدام المشترى على التعاقد مع علمه بما فى المبيع من عيب مايدل على أنه قد تنازل عن حقه فى الضمان •

وقد يراعى ذلك فى تقدير الثمن كأن يقدر المبيع بثمن يقل عن الثمن الذى كان من الممكن أن يقدر به لو كان خاليا من العيوب والمقصود بالعلم الوارد فى الماده ٤٤٧ مدنى هو العلم الحقيقى دون العلم بالتشكيك (٢) •

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص١١١•

(٢) نقض مدنى ١٩٣٥/٣/٢٨ مجموعة القواعد القانونية فى ٢٥ عاما ص٣٦٠•

ويقع على عاتق البائع عبء اثبات علم المشترى بالعيب فاذا أراد البائع أن يدفع عن نفسه دعوى الضمان أن يثبت علم المشترى بالعيب رغم خفائه وقت البيع . فالظاهر أن المشترى لايعلم بالعيب متى كان خفيا وعلى من يدعى خلاف الظاهر أن يثبت مايدعيه . وأما فيما يتعلق بعلم البائع فلا تأثير على مدى ما للمشترى من حقوق قبله استنادا الى دعوى الضمان (١) حيث نصت الماده ٢/٤٤٧ مدنى صراحة على ذلك " ويضمن البائع العيب ولو لم يكن عالما بوجوده".

وقد يتم البيع عن طريق التصفية (الأوكازيون) فهل يضمن البائع هذا العيب أم لا ؟

ذهب جانب من الفقه الفرنسى الى أن المشترى يفقد حقه فى الرجوع على البائع بالضمان لأن غالب الأحوال أن المبيع يقدر بأقل من ثمنه وذهب جانب آخر الى التفرقه بين حالتين الأولى اذا كان العيب مما يمكن توقعه عاده فى مثل هذا النوع من البيوع فالمشترى يفقد حقه فى الرجوع على البائع بالضمان والثانية فى حالة ما اذا كان لايمكن توقعه فيجب على البائع الضمان (٢).

ثانيا : شروط يجب توافرها فى البيع نفسه :

جاء نص الماده ٤٥٤ مدنى على أنه " لاضمان للعيب فى البيوع

---

(١) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ص٢٧٨ .

(٢) فى الفقه الفرنسى :

Planiol , Ripert et HAmel, T.X, op cit ..NO132

القضائية ولا فى البيوع الادارية اذا كانت بالمزاد ".

والحكمه من هذا النص هى [(١)] أن البيع بالمزاد سواء كان من جهة القضاء أو جهة الادارة قد أعلن عنه وأتيحت الفرصه للمزايدين ان يفحصوا الشيء قبل الاقدام على المزايده فيحسن بعد أن اتخذت كل هذه الاجراءات ألا يفسخ البيع لسبب كان يمكن توقيه فتعاد اجراءات طويله بمصروفات جديدة يتحمل عبئها المدين .

فأما عن البيع القضائى أى الذى يتم تحت اشراف القضاء فذهب البعض الى التفرقه بين نوعين من هذا البيع [(٢)] البيع الذى يكون تدخل القضاء فيه حتميا مثل بيعأموال المدين تنفيذا لما عليه من ديون وبيع أموال القاصر والمحجور علية بالمزاد . فهنا لايوجد على البائع ضمان . والبيع الذى يكون تدخل القضاء فيه عارضا مثل بيع العقار الشائع اذا تقدرت القسمة أو فى حالة عدم اتفاق الشركاء .فهنا يظل البائع ملتزما بالضمان للعيب الخفى . ولايسعنا التسليم بهذه التفرقه لسببين هما :ـ

الأول : أن المشرع لم يخصص هذا البيع في صريح نص الماده ٤٥٤ مدنى ومن ثم فلا يخصص بغير موجب .

---

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص١٢٩ .

(٢) راجع د/مصطفى منصور المرجع السابق ص٢٠٢ ،د/السنهورى، المرجع السابق فقرة ٣٧١ . وفى الفقة الفرنسى :
Plqniol,Ripert et Hamel, T.X,op.cit.,No 127
Baudry - Lacantinerie, op.cit.,No 431.

الثانى : منافاة هذه التفرقه للغرض الذى من أجله أعفى المشرع هذا النوع من البيع من ضمان العيب الخفى • ويذهب أستاذنا الدكتور اسماعيل غانم الى أن المشرع يمنع الرجوع بضمان العيب الخفى فى البيوع القضائية عموما سواء فى ذلك تلك التى يستلزم القانون فيها تدخل المحكمة أو تلك التى لايستلزم القانون فيها ذلك مادامت قد تمت فعلا أمام القضاء (١) •

أما بالنسبة للبيع الادارى فلا يسقط التزام ضمان البائع للعيب الخفى الا اذا كان البيع يحتم القانون فيها على الادارة اجراء ما بطريق المزاد وأما اذا لجأت الادارة الى البيع بطريق المزاد اختيارا فلا يعتبر البيع فى هذه الحالة من البيوع الادارية ويظل الالتزام بالضمان قائما (٢) •

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص٢٤١ـ ٢٤٢ بند ١٧٤ ويذهب مؤيدا لذلك د/ محمد علي عمران فى الوجيز عام ١٩٧٢ص ٢٨٥ هامش (٢) أن هذه التفرقه تستقيم فى ظل القانون الفرنسى كما تنص عليه المادة ١٦٤٩ مدنى فرنسى من أن استبعاد ضمان البائع لما فى المبيع من عيوب خفية لايكون الا فى البيوع التى تتم بسلطة القضاء أى فى حالة التدخل الوجوبى للقضاء ولايتقيم الوضع فى ظل القانون المدنى المصرى لأن الماده ٤٥٤ مدنى لم تفصح عن هذه التفرقه •

(٢) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ص٢٨٦ بند ١٣٧ •

الفـرع الثانـــى

الأحكام الخاصـة بضمـان العيوب الخفيـــة

سنتناول بالبحث الأحكام الخاصة بهذا الضمان • وسوف نبدأ أولا بتحديد طرفا هذا الالتزام • ثم بيان ما يترتب علـى قيـام ضمـان العيـــــوب الخفيـة من أحكام خاصـة •

أولا : طرفا التزام ضمان العيوب الخفيـــة :

١ ـ الدائـــــن :

المشترى عادة هو الدائن فى هذا الالتزام فلـه الرجـوع علـــى البائع بدعوى الضمان وينتقل هذا الحـق منه الى ورثته فاذا توفى المشتـــرى جاز لورثتـه الرجوع على البائع بالضمان وينقسم الضمان بينهم كل بقدر نصيبـه فى الدين • وينتقـل هذا الحـق أيضا الى الخلف الخاص للمشترى •

ومثال ذلك : أن يقوم (أ) ببيع عقار لـ (ب) ثم يقوم (ب) ببيعـه مره آخـرى الى (ج) • فالذى لاشك فيه أن لهذا الأخير مطالبة البائـــع له (ب) بضمان مافى المبيـع من عيوب •

وفضلا عن هذه الدعوى الشخصية التى يكون للمشترى الثانى (ج) فلـه أيضا أن يرجع على البائع الأصلى (أ) بالضمان بقـدر ما كـان للبائـــع له (ب) من حقوق قبله •

وهو بذلك انما يستخدم حقوق مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة (١) وقد ذهب أستاذنا الدكتور / السنهوري الى أن للمشترى الثانى فى هـــذا المثال دعوى ضمان مباشرة قبل البائع الأصلى (أ) وذلك استنادا الى أن هـــذه الدعوى هى بذاتهـا التى كانت للمشترى الأول قبل البائع نشأت عن عقد البيـع الأول ثم انتقلت بعد البيع الثانى من المشترى الأول الى المشترى الثانـــى ويصعب التسليم بهذا القول لأن الدعاوى المباشرة لاتقرر الا بنص وليست هـذه احـدى الحالات التى أجـاز القانون فيها للدائن استعمـال الدعوى المباشـرة ويستفيد أيضـا دائن المشترى من ضمان البائع لما فى المبيع من عيـــب خفى عن طريق الدعوى غير المباشرة ، فله أن يرفع باسم مدينه (المشتـرى) دعوى ضمان قبل البائع وفقا للقواعد العامة المقرره فى الدعوى غيـــر المباشـرة (٢)

٢ ـ المديــن :

البائع عادة هو المديـن فى هذا الالتزام ولاينتقـل الـــى ورثـة البائع • كمـا لايتصور انتقال هذا الالتزام الى الخلف الخـــاص للبائع ويتساوى المشترى فى هذا الشأن وهو الدائن مـع باقـى الدائنيــن للبائع ويشاركهـم مشاركة الغرماء • وتنتهـى دعوى ضمـان العيوب الخفيـة فى صورتهـا النهائية الى المطالبه بالتعويض • فـاذا بـاع شخصـان

---

(١) راجع د/ السنهوري ، المرجع السابق ص٣٧١ •
(٢) راجع د/ محمد على عمران المرجع السابق ص٢٨٧ هامش "١" •

عقارا وتبين أن به عيب خفى يضمنه البائع رجع المشترى على كل منهما بقدر نصيبه الا اذا كان هناك تضامن بينهما فيجوز للمشترى عندئذ أن يرجع على أى منهما بكل التعويض المستحق •

ثانيا : مايترتب على قيام ضمان العيوب الخفية :

اذا توافرت شروط اعمال الضمان فان المشترى لايقف موقفا سلبيا بل عليه المبادرة الى فحص المبيع واخطار البائع بالعيب فى الوقت المناسب وعليه فضلا عن ذلك أن يرفع على البائع دعوى الضمان خلال مدة قصيرة (سنه من وقت التسليم) والا سقطت بالتقادم •

(أ) واجب المشترى فى المبادرة الى فحص المبيع واخطار البائع بالعيب :

يتضح من نص الماده ٤٤٩ مدنى التى جاء نصها على أنه " اذا تسلم المشترى المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقا للمألوف فى التعامل فاذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقوله فان لم يفعل اعتبر قابلا للمبيع أما اذا كان العيب مما لايمكن كشفه الا بالفحص المعتاد ثم كشفه المشترى وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره والا اعتبر قابلا للمبيع بما به من عيب "•

أن المشرع فرق بين حالتين (١) الأولى هى حالة الكشف عن العيب بالفحص المعتاد* • فهنا يجب على المشترى بعد تسلم المبيع أن يقوم بفحصه بمجرد أن يتمكن من ذلك • فاذا كشف هذا الفحص عن عيب فى المبيع وجب على المشترى أن يخطر به البائع خلال مدة معقوله • وتقدير هذه المدة يخضع للسلطة التقديرية لقاضى الموضوع بعيد عن نطاق الرقابة القضائية لمحكمة النقض • فاذا قام المشترى بهذا الاخطار فقد حفظ حقه فى الرجوع بالضمان أما اذا لم يقم بهذا الاخطار أو قام به بعد فوات المدة المعقوله سواء لأنه لم يقم بالفحص أو لأنه قام به وكشف العيب ثم تهاون فى الأخطار ، فهنا لايجوز له الرجوع بضمان العيب الخفى على البائع لأن المشترى على تعبير المشرع قابلا للبيع • والحالة الثانية هى أنهاذا كان العيب لايمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد فيبقى حق المشترى فى الرجوع بالضمان اذا لم يكشف العيب الى أن يسقط بالتقادم •

ومن أمثلة هذه العيوب كثرة الأملاح الموجوده فى الارض التى تحتاج فى كشفها الى تحليل كيماوى • وليس للاخطار شكل خاص فيجوز أن يتم بخطاب عادى كما يجوز أن يكون بكتاب موصى عليه بعلم الوصول كما يمكن أن يتم شفاهة ، ويقع على المشترى عبء اثبات قيامه بالاخطار على أنه يلاحظ أن حق المشترى يسقط فى الضمان حتى

---

(١) راجع د/ خميس خضر المرجع السابق ص٢٦١ بند ١٥٥ .

ولو لم تكن الدعوى قد انقضت بالتقادم اذا لم يكن قد بادر الى اخطار البائع بالعيب فى خلال مدة معقوله (١).

(ب) تقادم دعوى الضمان :

يتضح من نص الماده ٤٥٢ مدنى التى جاء نصها على أن " تسقط بالتقادم دعوى الضمان اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشترى العيب الا بعد ذلك ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول .... ".

يتضح من هذا النص سالف الذكر أن المشرع رغبة منه فى حسم المنازعات بين طرفا هذا الالتزام بالضمان فى فترة وجيزة (٢). قد حدد أجلا محددا لسقوط دعوى المشترى اذا لم يبادرالى رفعها فى خلال سنة من تاريخ التسليم . ولم يفصح المشرع عن حقيقيه هذا التسليم .ولذلك ذهب الاتجاه الغالبفى الفقه المصرى (٣) الى القول بأن العبرة فى هذا الشأن تكون بالتسليم الفعلى . ففى هذا الوقت فقط يتمكن المشترى من فحص المبيع وبالتالى اخطار البائع بما به من عيوب ورفع دعوى الضمان ، وأما عن التسليم الحكمى فلا

(١) راجع د/منصور مصطفى ، المرجع السابق فقرة ٩١،د/اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ١٧٥ ،د/محمد لبيب شنب ود/مجدى خليل المرجع السابق ص١٩٦.

(٢) راجع د/ محمد عمران ، المرجع السابق ص٢٩٠ .

(٣) راجع د/ منصور مصطفى ، المرجع السابق فقرة ٩٤ ،د/ اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ١٧٦ ،د/ لبيب شنب فقرة ١٩٧ .

يعتد به للبدء فى حساب مدة التقادم • الا أن جانبا من الفقه لايساير أنصار هذا الاتجاه ويرى أنه يجب التفرقه بين فرضين :

الفرض الأول :

وهو خاص بالمشترى الذى كان يحوز المبيع قبل البيع بصفة آخرى كالمستأجر أو المودع لديه على سبيل المثال – ثم يصبح مشتريا بسبب البيع ، فيجب أن تبدأ فى هذه الحالة مدة السنة التى يجب رفع دعوى الضمان فيها والا سقطت بالتقادم منذ الوقت الذى تتغير فيه صفة الحائز من مستأجر أو مودع لديه الى مشترى •

والغرض الثانى

وهو خاص بالبائع الذى يظل حائزا للمبيع بعد البيع لسبب آخر على سبيل الايجار أو العارية مثلا • ففى مثل هذا الفرض لايتمكن المشترى فعلا من فحص المبيع لمعرفه ما به من عيوب طالما أنه لم يتسلمه ، فلا تبدأ مدة السنة هنا الا من الوقت الذى يتسلم فيه المشترى المبيع تسلما فعليا [١] •

وأما عن التسليم القانونى وهو الذى يوضع المبيع تحت

---

(١) راجع د/ عمران ، المرجع السابق ص٢٩١ •

تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق فيذهب الرأى الغالب فى الفقه [١] الى القول بأن مدة السنة التى بانتهائها يسقط حق المشترى فى رفع دعوى الضمان تبدأ من الوقت الذى يتم فى وضع المبيع تحت تصرف المشترى على النحو السالف ايضاحه ٠

ويلاحظ أن هذه المدة تقبل الانقطاع ولكنها لاتقبل الوقف ولو كان المشترى غير كامل الأهلية ولم يكن له من يمثله قانونا (م ٢/٣٨٢ مدنى) ٠

ومما هو جدير بالاشارة اليه هنا أن الحكم الوارد فى المادة ٤٥٢ مدنى يجوز مخالفته فقد أجاز هذا النص للبائع والمشترى الاتفاق على اطالة هذه المدة ، كأن يتفقا مثلا على ألا يتقادم حق المشترى فى رفع هذه الدعوى الا بمضى خمس سنوات من تاريخ التسليم ٠ واذا ارتكب البائع غشا (بأن كان يعلم بالعيب وتعمد اخفاء هذا العيب عن المشترى) فلا يجوز له التمسك بالتقادم الحولى القصير فى المادة ١/٤٥٢ ٠ فلا تتقادم دعوى الضمان التى يرفعها المشترى الا بعد مضى خمس عشرة سنة من الوقت الذى يتم فيه اكتشاف العيب [٢] وعلى المشترى أن يثبت أن البائع علم بالعيب بل يجب عليه زيادة على ذلك أن يثبت أنه قد تعمد اخفاء هذا العيب ٠

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ١٧٧ ، د/ لبيب شنب ،د/ مجدى خليل ، المرجع السابق ص ١٩٧٠

(٢) راجع د/ السنهورى ، المرجع السابق ص ٧٥٣ فقرة ٣٧٧ ٠

حقـوق المشترى فى دعوى الضمـان :

نصت الماده ٥٤٠ مدنى على أنه " اذا أخطر المشترى البائع بالعيب في الوقت الملائم كان له أن يرجع بالضمان على النحو الوارد فى الماده ٤٤٤ مدنى ".

وقد سبق أن ذكرنا بالتفصيل حكم الماده ٤٤٤ مدنى وهى خاصه بالاستحقاق الجزئى . ومما نريد الاشارة اليه هنا أن المشرع صاغ أحكام ضمان العيب الخفي على غرار دعوى ضمان الاستحقاق الجزئى لما بين الدعويين من شبه (١) ففى كلتيهما لم تبلغ خسارة المشترى من جراء الاستحقاق الجزئى أو العيب الخفى أن يضيع المبيع كله. بل هو ضاع جزء منه أو من قيمته ولكنه جزء قد يبلغ من الجسامه حدا لو كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء . هذا مع ملاحظة أن المشترى له طبقا للقواعد العامه طلب التنفيذ العينى اذا كان ممكنا ويكون فى صورة اصلاح العيب أو الحصول على شيء سليم على نفقة البائع . كما له أن يطلب فسخ العقد .

فيجب اذن لمعرفة حقوق المشترى فى دعوى الضمان للعيب الخفى التفرقة بين فرضين .

---

(١) راجع د/ خميس خضر ، المرجع السابق ص٢٦٣ بند ١٥٦ .

الفرض الأول :

أن يكون العيب جسيما بمعنى أن تكون خسارة المشترى قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد وعندئذ له أن يطالب البائع بتعويض كما لو كنا بصدد استحقاق كلى على أن يرد المبيع المعيب وما أفاده منه أو أن يستبقى المبيع مع المطالبه بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب .

الفرض الثانى :

أن يكون العيب غير جسيم أى لاتصل الخسارة الى الحد السابق فلا يكون للمشترى الا أن يطالب البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب . واذا كان المشرع يحيل الى أحكام ضمان الاستحقاق يجب ملاحظة ما يوجد من فرق بين الرجوع فى الحالتين ولكى نتبين هذا الفرق نستعرض بشىء من الايجاز عناصر التعويض التى يستحقها المشترى بدعوى ضمان العيب كما حددتها الماده ٤٥٠ مدنى باحالتها على الماده ٤٤٤ مدنى التى أشارت بدورها الى ٤٤٣ مدنى .

ففى حالة رد المبيع المعيب الى البائع يرد المشترى المبيع المعيب وما أفاده منه ويأخذ من البائع فى مقابل ذلك ما يلى :-

١ ـ قيمة المبيـع غير المعيب الى البائع مع الفوائد القانونية عن هـــذه القيمـة • والعبره فى تقدير هذه القيمة والفوائد بوقف ظهور العيب (١) أمـا بالنسبـه للثمـار فعلى العكـس فـى الاستحقـاق الكلـــى (م٤٤٣/٢ مدنى) لايكون هناك محـل للمطالبـه بهـا بـــل أن المشترى يلزم بردها لأن المـادة ٤٤٤ مدنى تلزمـه بـــرد ما أفـاده مـن المبيـع •

٢ ـ المصروفات الضروريـة لأنه لايوجـد مستحق يرجع بها المشتـــرى عليه كما فى حالة الاستحقاق الكلى والمصروفات النافعـة وكذلـــك المصروفات الكمالية اذا كان البائع سىء النيـة •

٣ ـ جميـع مصروفات دعوى ضمان العيب الخفى •

٤ ـ وبوجه عام التعويض عما لحق المشترى من خسارة أو ما فاته مـــن كسب بسبب العيب ويلاحظ أن البائع لايلتزم بالتعويض الا عـــن الضـرر المتوقع اذا كان يجهـل وجود العيب وقت العقد ولم يكـــن جهله نتيجـه خطأ جسيم • أمـا اذا ارتكب غشا كما لو أخفـــى العيب أو كان جهله للعيب نتيجـة خطأ جسيم فيلتزم بتعويـــض الضـرر المتوقـع وغير المتوقـع •

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ١٩٦٣ ص٢٤٦ بند ٧٧ علـــى عكس ذلـك د/ السنهورى ج٤ الوسيـط ص٧٤٢ حيـث يـــرى أن المشترى يأخـذ قيمة المبيع والفوائد من وقت البيع أيضا •

أثـر هــلاك المبيـع في الرجـوع بالضمـان :

نصـت المادة ٤٥١ مدني على أن " تبقى دعـوى الضمـان ولو هلـك المبيـع بأي سبب كـان ".

فالقاعدة أن هلاك المبيـع لايؤثـر في بقـاء دعـوى الضمـان ، ولكـن يلاحـظ أن حقوق المشتري تختلف باختلاف سبب الهلاك .

فاذا كان قد نتج عن العيب ذاته كما لـو كـان المبيـع منزلا واهـي الأساس فتهدم أو كان حيوانا مريضا فمات فان المشتري يرجـع على البائـع بالتعويض الكامل كما لو استحق المبيع كله على أن يرد له ماتبقى مـن المبيـع كالأرض والانقاض في حالة تهدم وكذلك الحال اذا كان الهـلاك بفعـل البائـع .

واذا كان الهلاك بسبب أجنبي أو بفعل المشتري فتبقى أيضـا دعوى الضمان ولكن المشتري يرجـع على البائع بما كان يستطيع أن يرجـع به على فرض استبقائه المبيع اذ أن الفرض أنه لايستطيع أن يرده اليـه معيبا ، وعلى ذلك تقدر الأضـرار التي لحقت بالمشتري بسبـب العيـب على فرض وجود المبيـع ويقتصـر التـزام البائـع علـى التعويـض عـن هذه الأضـرار (١) .

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص٢٤٧ بند ١٧٨ ، د/البدراوي ١٩٦١ بند ٣٥٤ ، د/عبدالرازق السنهوري ج٤ بند٣٧٥ص٧٤٤ .

الفـرع الثالـــــــث

الاتفاقـــات المعدلـــــــــة للضمـــــان

يجوز للتعاقدين باتفاق خاص بينهمـا تعديـل أحكـام هـذا الضمـان• وقد يكون التعديل بالتشديد أو التخفيف أو الاسقاط • وكثيرا مـا يتخـذ الاتفـاق علـى تعديـل الضمـان فى العمـل صورة خاصـة هـى ضمـان البائع صلاحيـة المبيـع فى مـدة معلومـه •

أولا : الاتفاق على تشديـد الضمان أو تخفيفـه أو الاعفـاء منـه :

نصت المـادة ٤٥٣ مدنى على أنه " يجوز للمتعاقدين باتفاق خـاص أن يزيدا فى الضمان أو أن ينقصا منـه أو يسقطـا هـذا الضمـان • علـى أن كل شرط يسقط الضمـان أو ينقصـه يقـع باطلا اذا كان البائـع قـد تعمـد اخفاء العيب فى المبيع غشا منـه "•

يتضح مما سبق أن أحكام الضمان ليست من النظام العام فيجـوز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفتهـا • فيتضـح من هـذا النـص أنـه كما يجوز الاتفاق على تشديـد الضمـان فانه يجـوز أيضـا تخفيفـه أو الاعفـاء منه على أن تشديـد الضمان أو تخفيفـة قد يتعلق بأسبـاب الضمان أو بمدى التعويض المستحق عنه عند تحققه •

ومثل الاتفاق على زياده مـدى التعويض عند تحـقق التزام البائـع

بالضمان أن يشترط المشترى على البائع أن يكون له الحق فى رد المبيع والحصول على تعويض كامل كما لو كان الأمر متعلقا بالاستحقاق الكلى ولو لم يكن العيب جسيما (١).

ومثل الاتفاق على تحقيق الضمان المتعلق بأسبابه أن يشترط البائع على المشترى ألا يضمن البائع ما فى المبيع من عيوب خفية الا اذا كانت على درجة معينه من الجسامه • ومثل الاتفاق على انقاص قيمة التعويض عند تحقق الضمان أن يشترط البائع على المشترى ألا يرد له الا قيمة المبيع سليما دون سائر عناصر التعويض الآخرى •

وكما يجوز الاتفاق على تشديد الضمان والتخفيق منه فانه يجوز أيضا الاتفاق على اعفاء البائع كلية من الضمان ، ويجب أن تكون ارداة المتعاقدين قد اتجهت بصفة أكيده الى هذا المعنى •

وقد قضت محكمة النقض فى حكم لها (٢) " بأنه لايمنع من طلب الفسخ للعيب الخفى أن يكون المشترى قد أقر عند التسليم للمبيع بأنه عاينه المعاينه النافية للجهالة ".

ومع ذلك فاذا كان البائع عالما بالعيب وتعمد اخفاءه عن المشترى فلا يصح له أن يتمسك بشرط تخفيف الضمان أو الاعفاء منه

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٩٢/٦/١٤ مجموعة أحكام محكمة النقض السنة ١٣ ص٨٠٨٠

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٩٢/٦/١٤ مجموعة أحكام محكمة النقض السنة ١٣ص ٨٠٨٠

لأنه قد ارتكب غشا والقاعدة أن الغش يفسد التصرفات فليس لـه أن يستفيد من غش ارتكبه (١) .

ثانيا : ضمان البائع صلاحية المبيع مدة معينة :

بعد أن الزم البائع بضمان العيب الخفى بمعناه الواسع " الآفة الطارئه أو تخلف صفات كفلها البائع للمشترى " نظم حكما مستحدثا فى المادة ٤٥٥ مدنى التى جاء نصها " اذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومه ثم ظهر خلل فى المبيع ، فعلى المشترى أن يخطر البائع بهذا الخلل فى مدة شهر من ظهوره وأن يرفع الدعوى فى مدة ستة شهور من هذا الاخطار والا سقط حقه فى الضمان . كل هذا ما لم يتفق على غيره " .

وهذا الضمان المشار اليه فى هذا النص كثير الوقوع فى بيع الآلات كالسيارات ـ الساعات وأجهزة الفيديو والثلاجات .

ويتضح من هذا النص أنه ليس على المشترى أن يفحص المبيع عند تسلمه للتحقق مما اذا كان صالحا للعمل المدة المتفقة عليها . ولكن اذا ما ظهر خلل فى المبيع خلال المدة المحددة . فيجب على المشترى أن يخطر البائع به خلال فترة حددها المشرع هى فترة

---

(١) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ص٣٠١ بند ١٥١ .

ستة شهور من وقت ظهور الخلل • وذلك على خلاف الحكم العام بالنسبه لضمان العيب الخفى الذى يوجب اخطار البائع خلال مدة معقولة من تاريخ ظهوره • كما أن دعوى الضمان تسقط بمضى ستة أشهر من وقت الأخطار لابمضى سنه من وقت التسليم •

وضمان صلاحية المبيع للعمل يجعل الضمان شاملا لأى نوع من الخلل ولو كان يرجع الى عيب ظاهر أو معلوم من المشترى ما لم يكن عدم الصلاحية راجعا الى المشترى كما لو سقطت الساعه منه فكسرت • وبهذا ينطوى اشتراط ضمان صلاحية المبيع للعمل على تشديد لأحكام ضمان العيب (١).

فاذا تحقق الضمان كان للمشترى أن يرجع على البائع وفقا لضمان العيوب الخفيه أى بالتعويض على أساس قواعد الاستحقاق الجزئى •

ولكن يجوز الاتفاق على تعديل أحكام الضمان زيادة أو نقصا كأن يتفق على أن يكون للمشترى رد المبيع والحصول على التعويض الكامل ولو كانت الخسارة غير جسيمه أو أن يتفق على حرمان المشترى من الحق فى رد المبيع ولو كانت خسارته جسيمه وقصر حقه على التعويض مع الاحتفاظ بالمبيع ويستدل على هذا التعديل ما جاء بصياغة نص الماده ٤٥٥ مدنى "••••• كل هذا مالم يتفق على غيرة ".

---

(١) راجع فى هذا المعنى : د/ اسماعيل غانم ص٣٥٣ بند ١٨٣،د/أنور سلطان ، المرجع السابق ص٣٤٤ ،د/ السنهورى ، الوسيط ج٤ص٧٥٩ بند ٣٨٠ ، د/ محمد على عمران المرجع السابق ص٣٠٣،د/ خميس خضر المرجع السابق ص٢٦٨•

الفصـــل الثانـــى

الـــــــــــتزامات المشتـــــــرى

تمهيـــــــد :

لما كان البيـع من العقـود التبادليـــه الملزمـه للجانبيـن • كمـا أنه عقـد معاوضـة من ثم فكمـا يقـع على عاتق البائع التزامات معينـه فـــى المقابـل لذلك يقـع على عاتـق المشترى عـدة التزامات أيضـا أخصهـا :الـــتزام المشترى بدفـع الثمـن وهو الالتـزام الرئيســى ، ويلتزم بدفـع مصروفـــات وتكاليـف المبيـع وأخيرا يلتزم بتسليم المبيـع •

وسوف نعـرض لهـذه الالتزامات الثـلاثـه مباحـث علـــى النحـــــو التالـــى :

المبحـــث الأول

الـــــتزام المشــــترى بدفع الثمـــــن

خطـــة البحـــث :ـ

يثيــر البحــث فى هــذا الالــتزام بدفــع الثمــن عــدة مسائل ينبغـــى التعرض لهـا وهـــى : تحديد مضمون هذا الالتزام وكيفيــة تنفيذه ، ثـــم حــق المشتــرى فى حبــس الثمــن وأخيــرا اخــلال المشترى بالتزامــه بدفـــع الثمــن •

كل هذه مسائــل يجــب التعرض لهــا تفصيــلا كل فى مطلب خاص بهــا •

المطلـــب الأول

مضمـون الــتزام المشترى بدفــع الثمن وكيفية تنفيــذه

أولا : مضمـون هــذا الالــتزام :ـ

يلــتزم المشترى بدفــع الثمــن ، كما يلتزم بدفع فوائــده وتعتبــر الفوائـــد جــزءا من الثمــن ويســرى عليهــا مايسرى عليه من أحكــام • وسنعرض تباعـــا الثمـــن ثــم الفوائـــــد •

١ـ الثمـــــــن :

يلتزم المشترى بدفع الثمن المحدد فى العقد أو التفق حــدد بعـــد ذلك وفقــا لأسس التقدير التى تــم الاتفاق عليهــا (١) ويعتبــر جزءا مـــن الالــتزام بدفــع الثمــن ، فتســرى عليــه أحكامـــه ما قــد يلــزم المشتــرى بدفعـــه تكملــة للثمــن الأصلــى ، كمــا فى حالة استغلال المشتـــرى للبائــع وحالة الغبــن الفاحــش فى بيــع العقار المملوك لشخص غيـــر كامل الأهليــة وحالة ظهــور زيادة فى ى قــدر المبيــع • وقــد ينقـــص الثمــن المتفــق عليــه كمــا فــى حالــة استغــلال البائــع للمشتـــرى وحالة العجــز فى قــدر المبيــع •

---

(١) راجع د/ خميس خضر ، العقود المدنيه الكبيرة عام ١٩٨٤ ص ٢٧٠ بند ١٦٥٠

ولما كانت القواعد العامه تقضى بأن نفقات الوفاء تكون على المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك • فان على المشترى نفقات دفع الثمن كمصاريف ارساله الى البائع فى مكان الوفاء به ، كدفع رسوم الحوالة البريدية (١).

٢ – فوائد الثمن :

يتضح من نص الماده ١/٤٥٨ مدني التى جاء نصها على أنه " لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن الا اذا أعذر المشترى أو اذا سلم الشئ المبيع وكان هذا المبيع قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره". ان الفوائد المستحقه عن الثمن قد تكون فوائد اتفاقية وقد تكون فوائد قانونية •

(أ) الفوائد الاتفاقية :

قد يبين المتعاقدان فى عقد البيع أو فى اتفاق لاحق مقدار ما يلتزم به المشترى من فائدة على الثمن الواجب عليه أداؤه • فاذا كان هناك اتفاق من هذا الشأن وجب على المشترى أن يؤدى للبائع الفائده

---

(١) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ص٣٠٥ بند ١٥٥.

المتفق عليها فضلا عن الثمن نفسه على ألا يتجاوز سعر الفائده الحد الأقصى المسموح به قانونا (٧٪) .

واذا كان هناك اتفاق يزيد على هذا الحد الأقصي وجب تخفيضه الى هذا الحد اعمالا لنص الماده ٢٢٧ مدنى .والفائدة الاتفاقية قد تكون تعويضية وقد تكون تأخيرية . وتكون الفوائد تعويضية اذا كانت معتبره فى نظر المتعاقدين مقابلا لانتفاع المشترى بما يمنحه له البائع من أجل ، ويتحقق ذلك عادة فى بيوع التقسيط كما يتحقق أيضا فى البيوع التى يؤجل فيها الوفاء بالثمن وأما اذا كان الثمن واجب الوفاء حالا واتفق على استحقاق البائع لفوائد عن الثمن اذا ما تأخر المشترى فى الوفاء عن الميعاد المتفق عليه فان هذه الفوائد تسمى بالفوائد التأخيرية ، اذ أن استحقاق الدائن لها (البائع) ناتج عن تأخر المدين بها (المشترى) فى الوفاء .

ولاتستحق فوائد الثمن سواء كانت تأخيرية أو تعويضية الا اذا كان هناك اتفاق عليها ، ومع ذلك فللبائع الحق فى مطالبة المشترى بفوائد عن الثمن اذا قضى العرف بذلك كأن يكون الثمن داخلا فى حساب جار بين البائع والمشترى (١) وتحسب الفوائد فى هذه الحالة بالسعر القانونى وهو ٤٪ فى المواد المدنية ، ٥٪ فى المواد التجارية (٢) .

---

(١) راجع د/ منصور مصطفى ، المرجع السابق فقرة ٩٩ ص٢٢٢، د/ السنهورى المرجع السابق فقرة ٣٩٤ .

(٢) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق فقرة ١٥٨ ص٣٠٨ .

(ب) الفوائـد القانونيـــــة :

لما كان الثمن وهو المحـل الذى يرد عليـه التزام المشتـرى يتحصـــل فـى مبلغ من النقود ، فقـد كان من الواجب القول بالـزام المشترى بدفـــع فوائـد عن الثمـن • والمقصود هنـا بطبيعـة الحال الفوائـد التأخيريـــة من تاريخ المطالبـة القضائيـة • ومثال ذلك أن يحـل أجـل الوفـــاء بالثمـن ولايوفـى المشتري بالتزامـه ، فلا يكون للبائع مطالبتـه بالفوائـــد المستحقـه عن التأخيـر الا من تاريـخ المطالبـة القضائيـة لاقبـل ذلـــك• ومع ذلك فقد خـرج المشرع على هذه القاعدة في حالتيـــن ورد النــــص عليهمـا فى المـاده ٤٥٨ مدنى سالف الذكر •

الحالة الأولى : هى : اعذار البائع للمشترى بدفع الثمن •

والحالة الثانية : هــى : تسليم المبيع اذا كان له ثمـر أو ايرادات •

وسوف نعرض فيمـا يلى لهاتيـن الحالتيـن :ـ

١ـ الحالة الأولى : اعذار البائع للمشترى بدفع الثمن :

تستحـق الفوائد القانونية عـن الثمـن من الوقـت الذى يعـذر فيـــه البائـع المشترى وفى هذا خروج على ما تقضى به القواعد العامـه • اذ أن الفوائـد القانونيـة لاتستحـق من تاريخ المطالبـه القضائيـة بـل مـن تاريــــخ الاعـذار • وبديهـى أن هـذا الحكم لايمكـن اعمالـه الا اذا كـــان الثمـن حالا أو كان مؤجـلا وحـان أجـل الوفـاء بـه ، وأمـا الاعـــذار

السابق على الاستحقاق فلا يعتد به فى حساب الفوائد (١) .

ويكون اعذار المشترى بانذاره أو بما يقوم مقام الانذار ، كما يجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد طبقا للماده ٢١٩ مدنى .فيجب اذن الفوائد القانونية على الثمن ٤٪ فى المواد المدنية ، ٥٪ فى المواد التجارية من تاريخ الاعذار الى يوم الدفع ، فاذا لم يعذر البائع المشترى بالوفاء بل لجأ مباشرة الى مقاضاته ، فلا شك فى اعتبار المطالبة القضائية من البائع اعذار للمشترى بدفع الثمن ، وتستحق عندئذ فوائد قانونية على الثمن من تاريخ المطالبه القضائية (٢) .

٢ ـ الحالة الثانية : تسليم المبيع للمشترى وكان قابلا لانتاج ثمرات أو ايرادات أخرى :ـ

جاء النص على ذلك كما سبق القول فى عجز الماده ٤٥٨ مدنى سالف الذكر وأنه يجب لاعمال هذا الحكم توافر شرطين :ـ

(أ) الشرط الأول : أن يقوم البائع بتسليم المبيع الى المشترى .

لايشترط هنا التسليم الفعلى المبيع بكل يكفى فيه أن يضع البائع المبيع تحت تصرف المشترى مع اخطاره بذلك ، بحيث يتمكن المشترى

---

(١) راجع د/ البدراوى ،المرجع السابق فقره ٣٦٥ ، د/لبيب شنب ،د/مجدى خليل ، المرجع السابق فقرة ٢١٩.

(٢) راجع د/ السنهورى ، الوسيط ج٤ ص٧٨٢ هامش ٢.

من الانتفاع بالمبيع وحيازته دون عائق . فاذا وضع المبيع تحت تصرف المشترى على هذا النحو السابق ولم يتسلمه فان ذلك لايحول دون استحقاق البائع فوائد عن الثمن .

(ب) الشرط الثانى :

أن يكون المبيع قابلا لانتاج ثمارا أو ايرادات آخرى . فلا يشترط اذن أن ينتج المبيع هذه الثمار أو الايرادات بل يكفى أن يكون قابلا لانتاجها . فاذا كان المبيع أرضا زراعية وتسلمها المشترى ولم يقم باستغلالها فانه تجب عليه الفوائد عن الثمن لأن عدم استغلال الأرض راجع الى المشترى ، ولايترتب على ذلك حرمان البائع من حقه فى الحصول على الفوائد عن الثمن (١).

وأما اذا لم يكن المبيع قابلا لانتاج ثمارا وايرادات فلا يكون البائع له حق فى الحصول على فوائد عن الثمن .

ومثال ذلك : اذا كان المبيع أرضا فضاء ويقوم المشترى بالبناء عليها فلا يستحق البائع مع ذلك فوائد الثمن ، اذ أن هذه الأرض لم تكن بطبيعتها قابلة لانتاج ايرادات وأن ماحدث من تشييد وبناء

(١) راجع د/السنهورى ذات المرجع فقرة ١٨٩ حيث "يرى أنه اذا كان المبيع سيارة خاصة تجب الفوائد على البائع من الوقت الذى يتسلم فيه المشترى هذه السيارة فيمكن تحويلها الى سيارة نقل بأجر ومن ثم فانها تكون قابلة لانتاج ايرادات ".عكس ذلك د/اسماعيل غانم "يرى أنه لايمكن الأخذ بهذا الرأى ازاء صراحة نص المادة ٤٥٨ مدنى ".

برجع الى فعل المشترى وحـده [١].

ويعلل الفقه استحقاق الفوائد من وقت تسليم المبيـع المثمر بـأن [٢] العدالة تأبى أن يجمـع المشترى بين ثمار المبيـع وفوائـد الثمـن ، فالفوائد مقابل الثمـار واذا ما سلـم البائـع المبيـع فقـد مكـن المشتـرى مـن الحصول على ثماره فتستحـق على المشتـرى فوائد الثمـن للبائـع .

ويرى البعض أن هذا التحليل لايستقيم مـع نص المـاده ٢/٤٥٨ مدنى التى تنص على أن يكون المشتـرى ثمـر المبيع ونماؤه من وقت تمـام البيـع وكان يجـب منطقا أن تكون الفوائـد سارية من وقت البيـع . ولكـن الخـلاف الذى ثار فى الفقه حول هل يشترط لتطبيـق هذا الحكـم أن يكـون الثمـن حالا أم ينطبق فى كل الأحوال سواء كان الثمن حـالا أم مؤجـلا ؟

تنازع الاجابـة على هذا التساؤل اتجاهيـن نعرض لهما فيما يلـى تفصيـلا :

١ ـ الاتجـاه الأول :

ذهب هذا الجانب من الفقـه [٣] الى القول أنه يجب لاستحقـاق البائع فوائـد عن الثمن أن يكون الثمـن حال الاداء أمـا اذا كـان

---

(١) راجع د/عمران ، المرجع السابق ص٣١٢.
(٢) راجع د/ خضر ، المرجع السابق ص٢٧٣.
(٣) راجع د/البدراوى المرجع السابق فقرة ٣٦٦ ،د/لبيب شنب المرجـع السابق ص٢٩٥ .

الثمن مؤجلا فلا يحق للبائع الحصول على فوائد عن الثمن وأساس ذلك على أن الاتفاق على تأجيل الثمن دون التزام المشترى بدفع فوائد عنه يدل على انصراف ارادة المتعاقدين الى اعفاء المشترى من هذه الفوائد حتى ولو كان المبيع قابلا لانتاج ثمار أو أية ايرادات آخرى • وفى غالب الأحوال فى حالة الاتفاق على عدم التزام المشترى بدفع فوائد عنه هو أن يزيد هذا الثمن ولو قليلا عن الثمن الذى كان من الممكن أن يقدر به المبيع اذا كان هناك اتفاق على الفوائد (١) وفضلا عن ذلك فانه يمكن القول بأنه اذا لم يكن الثمن حالا فكيف يمكن الزام المشترى بدفع فوائد عنه (٢).

٢ - الاتجاه الثانى :

ذهب هذا الجانب من الفقه (٣) الى القول باستحقاق الفوائد عن الثمن سواء كان الثمن حالا أم مؤجلا • فالفوائد التى يلتزم بها المشترى قبل البائع هى مقابل انتفاعه بالمبيع المثمر أو القابل بطبيعته لانتاج ثمار • ويتحقق هذا الفرض طالما أن المشترى قد تسلم المبيع سواء كان الثمن حالا أم مؤجلا • وذلك لأن نص الماده ١/٤٥٨ مدنى لم تفرق فيما يتعلق باستحقاق الفوائد عن الثمن بين

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص٥٤٥ .
(٢) راجع د/ عمران ، المرجع السابق ص٣١٣ فقرة ١٦٢.
(٣) راجع د/ منصور مصطفى ، المرجع السابق فقرة ٩٩ ، د/السنهورى المرجع السابق فقرة ٣٩٤ ، د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق فقرة١٨٩

ما اذا كان هذا الثمن حالا أو مؤجلا .

وقد أكدت ذلك المذكرة الايضاحية (١) أنه فى أية حالة يتمكن فيها المشترى من الاستيلاء على ثمرات المبيع حتى ولو لم يكن الثمن مستحقا فانه يلتزم بدفع الفوائد بالسعر القانونى ".

ثانيا : كيفية تنفيذه :

يقصد بكيفية التنفيذ طريقة الوفاء بالثمن وزمان ومكان هذا الوفاء .

١ - طريقة الوفاء بالثمن :

يحدد العقد فى غالب الأحوال الطريقة التى يتم بها الوفاء بالثمن فقد يتفق المتعاقدان على أن يتم الوفاء بالثمن دفعة واحدة ، وقد يتم الوفاء به على أقساط وقد يكون مرتبا مدى الحياة .

ولايجوز اجبار البائع على قبول الوفاء بغير النقود مالم يكن قد اتفق على غير ذلك . بل انه حتى فى حالة الاتفاق على جواز الوفاء بورقة من الأوراق التجارية كالشيك فلا تبرأ ذمة المشترى الا اذا قبض البائع القيمة بالفعل (٢) ولكننا نرى أن الشيك يقوم مقام النقود فى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص١٤٠ .
(٢) راجع د/محمد على عمران ، المرجع السابق ص٣٠٦ .

الوفاء فمن يحمل شيك بمبلغ ٥٠٠٠ جنيه كأنه يمتلك هذا المبلغ نقدا فهو مستحق لدى الاطلاع عليه وبالتالى تبرأ ذمة البائع بتسليم هذا الشيك .

٢ – زمان الوفاء بالثمن :

جاء نص الماده ١/٤٥٦ مدنى على أنه " يكون الثمن مستحق الوفاء فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .. "

يتضح من هذا النص أنه قد يتفق المتعاقدان على الوفاء بالثمن فى ميعاد متفق عليه فهنا يجب الوفاء فى هذا الميعاد . واذا لم يوجد اتفاق يرجع الى العرف أن وجد ، واذا لم يوجد اتفاق أو عرف يجب على المشترى الوفاء بالثمن فى المكان الذى يسلم فيه اليه المبيع .

ولكن ذهب الفقهاء (١) الى القول بأن هذا الحكم يعتبر خروجا على القواعد العامة ، فالأصل أنه اذا لم يتفق على تأجيل الوفاء بالالتزام فانه يكون مستحق الأداء فور نشوئه حتى ولو كان هذا الالتزام ناشئا عن عقد تبادلى . وتقتضى طبيعة البيع وجود هذا الاستثناء فالمشترى يستفيد من المبيع فور تسلمه ، ومن ثم كان طبيعيا أن يتيح

---

(١) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ص٣٠٧ .

القانون فرصة الافادة من العقد لكل من البائع والمشترى فى وقت واحد ٠

فيكون اذن على المشترى واجب الوفاء بالثمن فى الوقت الذى يتسلم فيه المبيع ٠

ولايعنى الربط بين تسليم المبيع والوفاء بالثمن قيام قرينة قانونية فى صالح المشترى مؤداها أنه قد دفع الثمن بمجرد تسلمه المبيع ٠ بل يظل المشترى ملتزما باثبات قيامه بالوفاء بالثمن ٠ ومع ذلك فغالبا مايتخذ القضاء من تسلم المبيع قرينة على الوفاء بالثمن (١).

٣ ـ مكان الوفاء بالثمن :

تنص الماده ٤٥٦ مدنى على أنه " يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك ، فاذا لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع وجب الوفاء به فى المكان الذى يوجد فيه موطن المشترى وقت استحقاق الثمن "٠

فالثمن واجب الوفاء به أصلا فى المكان الذى يتفق عليه المتعاقدان فان لم يوجد اتفاق فى هذا الشأن وجب الرجوع الي العرف ٠ فقد يلزم العرف المشترى بأن يكون الوفاء فى مكان معين فهنا يجب على

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق فقرة ٣٧١ ،د/لبيب شنب ،د/ مجدى خليل المرجع السابق فقرة ٢٢٤٠

المشترى أن يوفى به فى هذا المكان ، وفى الغالب الأعم أن يكون هذا المكان هو مكان التسليم للشئ المبيع . فاذا لم يوجد اتفاق أو عرف وجب الرجوع الى نص الماده ٤٥٦ مدنى التى تفرق بين حالتين :

(أ) الحالة الأولى :

أن يكون الثمن مستحقا وقت التسليم للمبيع وفى هذه الحالة يجب على المشترى الوفاء بالثمن فى المكان الذى يسلم فيه اليه المبيع . وفى هذا خروج على القواعد العامه التى تقضى بأنه اذا كان محل الالتزام شيئا غير معين بالذات وجب الوفاء به فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين (المشترى) أو مركز أعماله اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال .

وقد علقت المذكرة الايضاحية على ذلك (١) " بأن العله فى الخروج على القواعد العامه حكمة اقتضتها طبيعة البيع نفسها . فالبيع وهو عقد ملزم للجانبين يجب أن ينفذ جملة واحدة فيدفع الثمن وقت التسليم وفى المكان الذى يتم فيه هذا التسليم .

(ب) الحالة الثانية :

لايكون الثمن مستحق الاداء وقت التسليم للمبيع كأن يتفق المتعاقدان على تسليم المبيع فى وقت معين ويتم دفع الثمن

---

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص١٣٦ .

في الميعاد لاحق • فالصواب هنا الرجوع الى القواعد العامه التي تقضي أن يكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين*• والمدين هو المشتري • ولما كان الدين مطلوب لامحمول فهنا يجب على البائع السعي الى موطن المشتري لمطالبته بالوفاء • ومع ذلك ذهب بعض الفقهاء (١) الى أنه اذا كان الوفاء بالثمن قد تأجل ميعاد دفعه سواء بنظرة ميسره أو بأجل تفضل به البائع على المشتري فلا يترتب عليه الاساءة الى البائع بسعيه لمطالبة المشتري في موطنه بالوفاء بل يظل المشتري ملتزما بالوفاء بالثمن في المكان الذي تسلم فيه المبيع • وهذا الرأي الأخير هو الذي يتسم بالمنطق وروح العدالة في تفسير النصوص القانونية وهو الأولى بالترجيح •

---

(١) راجع د/ البدراوي ، المرجع السابق ص٣٧٠ ،د/لبيب شنب ود/ مجدي خليل المرجع السابق فقرة ٢٢٣•،د/السنهوري، الوسيط ج٤ فقرة ٧٩٨ ص٩٩١ هامش "١" •

المطلب الثاني

حق المشترى فى حبس الثمن

التنظيم التشريعى :

نصت الماده ٢/٤٥٧ مدنى على أنه " اذا تعرض أحد للمشترى مستندا الى حق سابق على البيع أو آيل من البائع أو اذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى جاز له ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر ٠ ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا "٠ ثم جاءت الفقرة الثالثة على أنه " يسرى حكم الفقرة السابقة فى حالة ما اذا كشف المشترى عيبا فى المبيع "

يتضح مما سبق أنه يحق للمشترى حبس الثمن فى ثلاث حالات هى:

١ - الحالة الأولى :

اذا تعرض له الغير مستندا فى تعرضه الى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ٠ وهذا تطبيق محض للقواعد العامه فى المادة ١٦١ مدنى (الدفع بعدم التنفيذ) ، المادة ٢٤١ مدنى (الحق فى الحبس) ذلك أن البائع يلتزم بضمان التعرض والاستحقاق ، فهو ملزم بدفع التعرض فان فشل حق عليه التعويض متمثلا فى ضمان الاستحقاق

فوقوع التعرض فعلا يوجب ضمان التعرض والاستحقاق ، ويجيز في الوقت نفسه للمشترى حبس الثمن اذا كان لم يدفعه بعد حتى يوفى البائع بالتزامه • ويلاحظ أن التعرض الذى يجيز للمشترى حبس الثمن هو التعرض الذى يضمنه البائع • واذا كان التعرض فى جزء من المبيع فقط فلا يجوز للمشترى أن يحبس عن البائع الا قيمة هذا الجزء •
واذا حصل خلاف فى قيمة الجزء الواقع فيه التعرض وجب الرجوع الى القضاء لتقدير قيمته (١).

٢ ـ الحالة الثانية :

اذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى فلا يلزم هنا أن يحصل التعرض بالفعل بل يكفى مجرد الخشية من وقوع التعرض على عكس الحال بالنسبة للرجوع بضمان التعرض والاستحقاق ويشترط أن يكون السبب الذى يخشى نزع الملكية من أجله مما يضمنه البائع اذا تحقق ، كما يشترط أن تكون خشية نزع المبيع من يد المشترى مبنية على أسباب جدية (٢) • ولكن لايشترط أن يكون حق الغير ثابتا •

ومن الأمثلة التى تتحقق فيها خشية نزع المبيع من يد المشترى بحيث

(١) راجع د/أنور سلطان بند ٢٩٤ص٣٩٤ ، د/السنهورى ،الوسيط ج٤،ص ٧٩٢ـ٧٩٣ •

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٤٢/٥/٢٨ مجموعة عمر ج٣رقم ١٦٤ص٤٦١ "لايجوز للمشترى الامتناع عن دفع الثمن بدعوى أنه يريد التأكد أولا بالرجوع الى الشهر العقارى للتأكد من خلو المبيع من القيود والتسجيلات ".

يجوز له حبس الثمن ظهور أن المبيع مملوك لغير البائع أو أنه مثقل برهن أو اختصاص أو أن الملكية معلقه على شرط فاسخ •

٣ ـ الحالة الثالثة :

اذا كشف المشترى عيبا فى المبيع : وليس هذا الحكم الا تطبيقا للقواعد العامة على أنه يشترط حتى يكون للمشترى حبس الثمن عن البائع أن يكون العيب مما تتوافر فيه ضمان البائع لما فى البيع من عيوب والا ما كان للمشترى أن يحبس الثمن عن البائع •

فللمشترى اذن حق الحبس للثمن عن البائع اذا تعرض له أحد أو اذا خيف على المبيع أن ينزع من تحت يده أو اذا كان بالمبيع عيبا على أن ذلك ليس من شأنه حرمان المشترى من الحق فى حبس الثمن فى غير ذلك من الحالات • ففضلا على أن الماده ٤٥٧ مدنى التى جاء نصها فى جزء منه مؤكدا لما تقضى به القواعد العامه فى هذا الشأن فانه يجوز للمشترى حبس الثمن عن البائع اذا أخل الأخير بأحد الالتزامات التى يفرضها عليه عقد البيع • كالالتزام بالتسليم وبالقيام بما هو لازم لنقل الملكيه الى المشترى • فاخلال البائع أحد من هذه الالتزامات يجيز للمشترى حبس الثمن (١) .

---

(١) راجع د/محمد على عمران ، المرجع السابق ص٣١٦ •

سقوط حق المشترى فى حبس الثمـن :

يسقط حـق المشترى فى حبس الثمـن بأحـد الأمـور الآتيـه :

أولا : اذا نزل عنه فى العقد صراحـة أو ضمنيا حتى مع قيام سببه .

والأصل أن هذا الاتفاق قد يكون صريحـا ومع ذلك يجوز أن يكـون ضمنيـا على أن تكون الوقائع التى يستخلص منها التنازل قاطعـة فى معنـى النزول فالتنازل عن الحق لايفترض . وعلى ذلك فان مجرد علم المشترى بسبب يخشى معه الاستحقاق لايدل على تنازله عن حقه فى الحبس . فلـو تعهـد المشترى بدفع الثمن رغم التعرض أو رغم وجود مايخشى منـه أن يـؤدى الى نزع المبيع من يـده ، لم يكن له بعد ذلك أن يمتنـع عـن دفـع الثمـن ، كما لو اشتـرى عقارا مرهونا وتعهـد بدفع الثمن رغـم وجـود هـذا الرهـن .

وقد أكدت محكمة النقض المصرية ذلك فى أحد أحكامهـا (١) " ان علـم المشتـرى وقـت الشراء بسـبب نزع الملكيـة لاينافـى ثبـوت حقه فـى حبس الثمن لأنه قد يكـون محيطا بالخطـر الذى يتهـدده ويكون فـى الوقـت نفسـه معولا على البائع فى دفع هذا الخطـر قبـل استحقـاق الباقـى فى ذمته من الثمن . أمـا علمه بهذا السبب فقد يصلح أو لايصلـح

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٤٤/١٢/٢١ مجموعـة عمر ج٤ ص٤٩٧ رقـم ١٧٥ .

دلالـة على تنازله عن حـق الحبس وذلك حسب ماينبئ به واقـع الدعوى".

ثانيا : يسقط حق المشتري في حبس الثمن بزوال السبب الذى أدى الى الحبس

فاذا كان السبب فى حبس الثمن هو ما وقـع للمشتـرى مـن تعرض فى انتفاعـه بالمبيع أو أن يكون الحبس راجعـا الى مافى المبيـع مـن عيـب فان حـق المشترى فى الحبس يسقط بانتهاء التعرض أو بـزوال العيـب ويجـب على المشترى عندئذ الوفاء بالثمن والا كان للبائع بعـد اعـذاره المطالبـة بالفسـخ .

ثالثا : يسقط حق المشترى فى حبس الثمن اذا قدم البائع كفيلا يضمـن له ماعسى أن يترتب على ضمان التعرض أو الاستحقاق أو العيـب من تعويض .

ويصح أن يقدم البائع بدلا من الكفيل أى تأمين عينى كان سـواء قدم هذا التأمين البائع أو قدمه غيره (كفالة عينية) وذلك طبقـا للماده ٧٧٤ مدنى التى نصت على أنه " اذا التزم المدين بتقديم كفيل وجـب عليه أن يقدم شخصا موسرا ومقيما فى مصـر ولـه أن يقـدم عوضـا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا ".

ويلاحظ أن تقديم البائع كفالة لاسقاط حق المشترى فى حبس الثمـن

يعتبر رخصه له [1] ولايمكن للمشترى الزامه به ٠ فالبائع حر في أن يقدم الكفالة ليقبض الثمن أو لايقدمها فيترك الثمن في يد المشترى

وعلى هذا قضت محكمة النقض المصرية مؤكدة هذا المبدأ[2] " أنه لايجوز للمشترى الاستمرار في حبس الثمن اذا ماطلب البائع ايداعه خزانة المحكمة اذا كان هذا الايداع مشروطا بألا يقدم البائع على صرفه ما لم يزل السبب الذى أدى بالمشترى الى حبسه "٠

---

(١) راجع د/ البدراوى ، الوجيز ، المرجع السابق ص٢٩٧٠

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٤٧/١٢/٤ مجموعة عمر ج٥ ص٤٩٨٠

المطلب الثالـــث

جــزاء اخــلال المشـــترى بالــتزامــه بدفــع الثمن

اذا لم يقم المشتــرى بالوفاء بالثمن على النحــو السابق بيانـــــــه. يجوز للبائع المطالبــه بالتنفيذ العينى أو الفسخ مع التعويض ان كـــان لـــــه مقتضى فى كـل الأحوال .

وسوف نتولى تباعا : التنفيذ العينـــى ـ الفسخ والتعويض .

أولا : التنفيذ العينـــى :

يستطيع المشترى مطالبة البائع بتنفيذ التزامه وفقا للقواعـد التــــــى رسمهـا قانون المرافعات أى بطريق الحجز على أموال البائع وفـى مقدمتهــــا المبيع . وللبائع فى سبيل استيفاء ما له من ديـن (الثمن) قبـــــل المشترى ضمانا عينيا خاصا هو مايسمى بامتياز البائع .

ويختلف هذا الامتياز بحسب ما اذا كان المبيع عقارا أم منقـــــــولا فاذا كان المبيع عقارا أو حقا عينيـا على عقار فانــه طبقا للماده ١١٤٧ مدنــى له امتياز . فقد جـاء هذا النص " مايستحـق لبائـع العقـار مـــــن الثمـن وملحقاته يكون له امتياز على العقار المبيـع . ويجـب أن يقيـــد الامتياز ولو كان البيع مسجلا وتكون مرتبطه من وقت قيده ".

فالبائع أن يتقدم على سائر دائنى المشترى عند التزاحم علـى العقـار المبيـع (١) .

واذا كان المبيع منقولا فللبائع على هذا المبيع امتياز فـى سبيـل استيفاء ما له من ثمـن • ولقد نص على هذا الامتياز الماده ١٤٤٥مدنـى التى نصت على أنه " مايستحق لبائع المنقول مـن الثمـن وملحقاتـه يكون له امتياز على الشىء المبيع ، ويبقى الامتياز قائمـا مادام المبيـع محتفظا بذاتيتـه وهذا دون اخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسـن نية مع مراعاة الأحكام الخاصـة بالمواد التجارية "•

فلبائع المنقول امتياز على الشىء المبيع • ويضمن هذا الامتيـاز ثمن المنقول والملحقات • ويسقط اذا فقد المنقول ذاتيتـه •كمـا يسقط أيضا اذا ما اكتسب الغير بحسن نية حقا على هذا المنقول•وتأتـى مرتبة امتياز بائـع المنقول كما هو واضح من نص المـاده ١١٤٥ مدنـى بعد حقوق الامتياز الواقعـة على منقول الواردة فى هذا النص • ومـع ذلك فان هذا الامتياز يسرى فـى حـق المؤجـروصاحـب الفندق اذا ثبـت أنهما كان يعلمان به وقت وضـع المبيـع فى العيـن المؤجـرة أو الفنـدق

ثانيا : فسخ البيـع مع التعويض :

القاعدة العامه فى العقود الملزمه للجانبين أنه اذا لـم يقـم أحـد

---

(١) راجع د/ البدراوى ، الوجيز ، المرجع السابق ص٣٧٦ ،د/لبيب شنب ،د/ مجدى خليل ، فقرة ٢٢٨•

المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز المتعاقد الآخر معه المطالبه بالفسخ مع التعويض ان كان له موجب • فللبائع المطالبه بفسخ عقد البيع اذا لم يقم المشتري بالوفاء بالثمن • والأصل أن الفسخ لايتقرر بقوة القانون وانما لابد من اللجوء الى القضاء للحصول على حكم بذلك • ولايحكم القاضي من تلقاء نفسه بالفسخ وانما لابد من هذا الطلب وقد لايجيب القاضي المدعى الى طلب الفسخ اذا كان عدم تنفيذ الالتزام لايرقى الى أن يكون اخلالا جسيما • فاذا وازن القاضي بين ما اذا كان الاخلال جسيما أو غير جسيم فله سلطة تقديرية غير خاضع فيها لرقابة محكمة النقض وانتهى الى أن الاخلال غير جسيم فلا يقضي بالفسخ (١) كل ذلك الا اذا كان هناك بالعقد شرط فاسخ صريح يسلب كل هذه السلطه التقديرية ومثال الشرط الفاسخ الصريح" اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون ماحاجة الى حكم أو اعذار "• فهنا لايكون أمام القاضي سوى القضاء حتما بالفسخ بل يحق للبائع اعمالا لهذا الشرط اللجوء الى القضاء المستعجل للمطالبه بتنفيذ هذا الالتزام اذ أن حالة الاستعجال متوافرة بقوة القانون طبقا لنص الماده ٤٥ مرافعات (٢).

حكم خاص بالفسخ في بيع المنقول :

نص على هذا الحكم الماده ٤٦١ مدني التي نصت على أنه " في

(١) راجع بحثنا " سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الاذعان ص١٣١ "•

(٢) راجع المستشار / موسى عبد الغني : مآخذ اختصاص القضاء المستعجل ص٩٨ مجلة نادي القضاه ١٩٨٨ •

بيع العروض وغيرها من المنقولات اذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون مفسوخا دون حاجة الى اعذار ان لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد اذا اختار البائع بعد ذلك مالم يوجد اتفاق غيره ٠

يتضح من هذا النص أن المشرع اعتبر البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى اعذار اذا كان البيع واردا على منقول سواء كان هذا المنقول ماديا أو معنويا ٠ والعله التى من أجلها قرر المشرع هذا الحكم (١) هى سرعة تداول المنقولات وما يطرأ على أسعارها من تقلبات مستمره ٠ فلو ترك البائع وما توجبه القواعد العامه لكان يجب عليه اللجوء الى القضاء المستعجل للحصول على حكم بالفسخ ٠

وقد يترتب على ذلك الاضرار به للأسباب سالفة الذكر ٠ الا أنه حتى يحق للبائع التمسك بما هو منصوص عليه فى الماده ٤٦١ مدنى يجب توافر الشروط الآتيه :

١ ـ أن يكون المبيع منقولا :

يستوى فى ذلك أن يكون المنقول ماديا أو معنويا كالأسهم والسندات ولاينطبق النص فى حالة ما اذا كان المبيع عقارا وذلك لانتفاء العله التى تقررت فى نص الماده ٤٦١ مدنى ٠ فلا ضرر على بائع العقار من اللجوء الى

---

(١) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ص٣٣١٠

القضاء لاستصدار حكم بالفسخ اذا هو أراد ذلك .

٢ – أن يكون هناك اتفاق على ميعاد واحد لدفع الثمن وتسلم المبيع :

ولايشترط أن يتفق المتعاقدان صراحة على ذلك (١) بل يكفي أن يتفقا على ميعاد معين لتسلم المبيع دون أن يحددا ميعادا للوفاء بالثمن اذ أن القاعده في هذا الشأن هي وجوب الوفاء بالثمن في نفس ميعاد التسليم . ويكون للبائع عندئذ اذا لم يقم المشترى بالوفاء أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بلا حاجة الى اعذار (الماده ٤٦١ مدني) .

وأما اذا اتفق المتعاقدان على ميعاد للتسليم وآخر للوفاء بالثمن وكان الميعاد الأول هو ميعاد التسليم أسبق من الميعاد الثاني فان حكم الماده ٤٦١ مدني ينطبق هنا (٢) وأما اذا حدث العكس فقد ذهب جانب من الفقه الى (٣) عدم اعمال حكم النص سالف الذكر تمسكا بحرفية النص . والصحيح كما يذهب اليه البعض (٤) والذى نراه راجحا في هذا الصدد أن للبائع التمسك بحكم الماده ٤٦١ مدني اذا تعاصر ميعاد الوفاء بالثمن وميعاد التسليم لأن البائع يكون له

---

(١) راجع د/ عمران ، المرجع السابق ص٣٧٢ .

(٢) راجع د/ محمد لبيب شنب ، المرجع السابق فقرة ٢٣١.

(٣) راجع د/ منصور مصطفى ، المرجع السابق ص٢٣٠ ،د/عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص٣٠٨ .

(٤) راجع د/ عمران ، المرجع السابق ص٣٢٢ هامش "٣".

من باب أولى أن يتمسك بذات الحق اذا كان الميعاد الذى يجب فيـــــــه التسليم لاحقا على ميعاد الوفاء بالثمن وحل ميعاد التسليم دون قيــــــام المشترى بالوفاء • اذ يصبح عندئذ الثمن والتسليم مستحقيـــن معـــا ويكـــون للبائـــع التمسك بما هو منصوص عليه فى هذا النص المشار اليه بعاليـــه •

٣ ــ أن يتأخـــر المشترى فى الوفاء بالثمن عن ميعاده :

يجب لاعمـــال هذا الحكم أن يكون هناك تأخير من المشترى فى دفـــع الثمـــن أى يثبت أنه مقصـــر فى التنفيذ • ولكنـــه اذا كان هذا التأخيـــــر له مبرراتـــه كـــأن استعمـــل المشترى حقـــه فى الحبس للثمن أو اذا وقـــع عليه تعرض خيـــف منـــه نزع الشيء منه • فالمشترى لايكون هنا قـــــد أخـــل بالالتزام •

ومما نود الاشـــارة اليه هنـــا أن ما ورد بهذا النص ليـــس الا رخصـــة خاصـــة بالبائع فقط له أن يستخدمهـــا أو لايستخدمهـــا •

المبحث الثاني

التزام المشترى بدفع مصاريف البيع وتكاليف المبيع

يتحمل المشترى بمصروفات المبيع وما يتطلبه ابرامه من نفقات . وعليه أيضا تكاليف المبيع من وقت تمام البيع .
وسنعرض فيما يلى لذلك تفصيلا :ـ

أولا : مصروفات البيع :

جاء النص على ذلك فى الماده ٤٦٢ مدنى على أنه " نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل وغير ذلك من المصروفات تكون على المشترى مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك ".

فالأصل اذن هو الرجوع الى ارادة المتعاقدين لمعرفة من الذى يتحمل بنفقات البيع من رسوم ومصروفات آخرى . فقد يتفق المتعاقدان على أن يتحمل البائع بها . وقد يتفقا على أن تكون هذه النفقات مناصفة بينهما . ويجب عندئذ اعمال ما اتفقا عليه. فاذا لم يكن هناك اتفاق فى هذا الشأن وجب الرجوع الى العرف اذ يجرى العرف على أن يتحمل كل من البائع والمشترى بمصروفات البيع مناصفة بينهما . فاذا لم يكن هناك اتفاق أو عرف وجب الرجوع الى ما تنص عليه الماده ٤٦٢ مدنى والتى تقضى بتحمل المشترى نفقات عقد البيع ورسوم الدمغه

والتسجيل وغير ذلك من المصروفات .

ولقد قيل بحق أن ما نصت عليه المادة ٤٦٢ مدنى من تحمل المشترى بنفقات التسجيل فيه خروج على القواعد العامة . بأن البائع ملتزم بنقل ملكية المبيع الى المشترى . والتسجيل لازم الآن لنقل هذه الملكية سواء بين المتعاقدين أو بالنسبه للغير . فكان من الواجب تبعا لذلك أن يتحمل البائع بنفقات التسجيل فهو المدين بالالتزام وعليه نفقات تنفيذه طبقا للماده ٣٤٨ مدنى (١).

ولقد قيل فى تبرير الزام المشترى بتحمل نفقات البيع أنه هو صاحب المصلحة فى اتمامه ومن ثم فعليه نفقاته (٢).

والحقيقة أن لكل من البائع والمشترى مصلحة فى تمام البيع فكان من الواجب أن تقسم بينهما مناصفة ومع ذلك ألزم المشترى بهذه النفقات لأنها عادة ما تكون محل نظر المشترى عند اقدامه على الشراء .

ويدخل فى نفقات البيع أتعاب المحامى الذى يحرر العقد ورسوم استخراج الشهادات العقاريه اللازمه لاتمام

---

(١) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ص٣٢٤ .
(٢) راجع د/ عمران ، المرجع السابق ص٣٢٤ فقرة ١٦٩ .

البيع أما مصروفات تسليم المبيع ومحو قيد الرهن على العقار المبيع فهي النفقات الأخيرة تقع على عاتق البائع (١).

ويقتصر تطبيق المادة ٤٦٢ مدني على العلاقة ما بين البائع والمشترى . وأما بالنسبه للغير فان القواعد العامه تكون هى الواجبة التطبيق . وعلى ذلك فاذا اتفق البائع مع محام على تحرير العقد كان هو الملتزم بأتعاب المحامى وان جاز له بعد ذلك أن يرجع على المشترى بما دفعه الا اذا كان هناك اتفاق بينهما على غير ذلك . كذلك اذا اتفق البائع والمشترى مع محامى على تحرير عقد البيع كان كل منهما مدينا للمحامى بنصف الأتعاب الا اذا كان هناك اتفاق على التضامن بينهما فانه يجوز للمحامى أن يرجع على أى منهما بكل ما له من أتعاب .

وقد ذهب أستاذنا الكبير الدكتور /البدراوى (٢) الى القول بأن التضامن القائم بين كل من البائع والمشترى

---

(١) راجع د/ منصور مصطفى ، المرجع السابق ص١٦٧ ،د/اسماعيل غانم المرجع السابق ص٢٢٦.

(٢) راجع د/ البدراوى ، الوجيز فى عقد البيع ١٩٦١ بند ٣٨٠ ص ٥٦٧ ،د/ أنور سلطان بند ٢١١ .

في مواجهة من قام بتحرير البيع هو نوع من التضامن القانوني اعمالا لنص الماده ٧١٢ مدني من أنه اذا وكل أشخاص متعددون وكيلا واحدا في عمل مشترك كان جميع الموكلين متضامنين قبل الوكيل في تنفيذ الوكالة ٠

غير أن جانبا من الفقه ذهب الى عكس ذلك (١) أنه لايوجد تضامن قانوني بين البائع والمشترى لأن الوكالة لاتكون الا في التصرفات القانونية ٠ وقيام المحامي بتحرير عقد البيع لايعدو أن يكون عملا ماديا فلا ينطبق عليه النص المشار اليه ٠ فلا يوجد تضامن بين البائع والمشترى الا اذا وجد اتفاق على ذلك ٠

ثانيا : تكاليف المبيع :

نصت على ذلك الماده ٤٥٨ /٢ مدني " وللمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا هذا مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره "٠ وتشمل هذه التكاليف الضرائب المفروضه على المبيع ونفقات صيانته والمصروفات التي تنفق لاستغلاله ٠

فاذا كان البائع قد انفق هذه المصروفات التزم المشترى بردها

(١) راجع د/اسماعيل غانم ، المرجع السابق بند ١٩٨ ص٢٧١ ،د/محمد على عمران ، المرجع السابق ص٣٢٦ ٠

اليه • والمشترى يلتزم بتكاليف المبيع من وقت البيع لأن له الحق في ثمر المبيع ونمائه من هذا الوقت ولو كان المبيع لم ينتج الثمرات الا بعد هذه التكاليف [1].

وقد يكون للمشترى ثمار المبيع وبالتالى تقع عليه تكاليفه حتى ولو اتفق على ارجاء نقل الملكية للمبيع الى وقت لاحق [2].

---

(١) المذكرة الايضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص١٤٠.
(٢) راجع د/ مصطفى منصور ، المرجع السابق فقرة ١٠٤ ، د/لبيب شنب ، د/ مجدى خليل ، المرجع السابق فقرة ٢٣٤ .

المبحث الثالث

التزام المشترى بتسلم المبيع

فكلما يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشترى يقع أيضا على عاتق المشترى التزام بتسليم المبيع باعتبار عقد البيع من العقود التبادليه والملزمه للجانبين .

وسوف نعرض فيما يلى لماهية الالتزام بالتسليم للمبيع و الجزاء الذى يترتب على اخلال المشترى به .

أولا : مضمون التزام المشترى بتسلم المبيع :

يكون البائع موفيا بالتزامه بالتسليم اذا هو وضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن هذا الأخير من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد أعلمه بذلك .

ويقابل التزام البائع بالتسليم التزام المشترى بالتسليم ، وغالبا ما يتعاصر التسليم والتسلم . ومع ذلك قد يضع البائع المبيع تحت ف المشترى ويعلمه دون أن يبادر المشترى الى تسلمه ، فيكون البائع قد نفذ التزامه بالتسليم دون أن ينفذ المشترى التزامه بالتسلم .

ويتم تسليم المشتري للمبيع باستيلائه عليه ماديا . فاذا كان المبيع عقارا فان المشترى يتسلمه بحيازته ودخوله حوزته . واذا كان المبيع منقولا فان المشترى يتسلمه بقبضة أو بمجرد حيازته (١).

وتنص الماده ٤٦٣ مدني على أنه " اذا لم يبين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب على المشترى أن يتسلمه في المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دون ابطاء الامايقتضيه النقل من زمن ".

فالأصل اذن هو وجوب الرجوع الى ارادة المتعاقدين للوقوف على زمان التسليم ومكانه . فاذا لم يكن هناك اتفاق وجب الرجوع الى العرف . فاذا لم يكن هناك اتفاق أو عرف وجب على المشترى تسلم المبيع في المكان الذى يوجد فيه وقت البيع، وعليه أيضا أن ينقله منه دون ابطاء الا ماتقتضيه طبيعة النقل من زمن . وعلى المشترى أيضا نفقات التسليم مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك . وتشمل نفقات التسليم على المصروفات التى ينفقها المشتري لنقل المبيع من مكانه الى مكان آخر أو المصروفات اللازمة لتسليمه الى غير المشترى (٢).

---

(١) راجع د/ مصطفى منصور ، المرجع السابق فقرة ١٢٤ ، د/اسماعيل غانم ، المرجع السابق فقرة ١٩٩.

(٢) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ص٣٢٨ .

واذا كان المبيع واجب التسليم فى مكان التصدير فعلى المشترى نفقات شحنه وتفريغه وعليه أيضا واجب الوفاء بما على المبيع من رسوم جمركيه • وأما اذا كان المبيع واجب التسليم فى مكان الوصول فلا يلتزم المشترى بنفقات الشحن والتفريغ بل يلتزم البائع بها •

ثانيا : الجزاء الذى يترتب على اخلال المشترى بالتزامه بالتسلم :

خول المشرع البائع أحد طريقتين اذا تقاعس المشترى عن تنفيذ التزامه •

فالطريق الأول : يحق للبائع عملا بالقواعد العامه بعد أن يعذر المشترى بالتسلم أن يطلب من القضاء اجباره على تنفيذ التزامه عينا وله فى سبيل ذلك أن يطلب الحكم على المشترى بغرامة تهديدية عن كل يوم أو أسبوع أو شهر يتأخر فيه تسلم المبيع. وإذا كان المبيع منقولا يمكن ايداعه فللبائع أن يحصل على اذن من القضاء بايداعه على نفقة المشترى • واذا كان المبيع عقارا أو كان منقولا معدا للبقاء فى مكان فللبائع أن يطلب من القضاء تعيين حارس عليه على نفقة المشترى (١).

---

(١) راجع د/السنهورى ، الوسيط ج٤ فقرة ٤٢٥ ،د/محمد لبيب شنب ،د/مجدى خليل ، المرجع السابق فقرة ٢٣٩ ،د/منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق فقرة ١٠٨ •

والطريق الثانى : هو مطالبة البائع بالفسخ كجزاء على عدم تنفيذ المشترى لأحد الالتزامات التى يفرضها عليه البيع .

ويلاحظ أنه نادرا ماتجيب المحكمة البائع الى طلب الفسخ لقلة الضرر الذى يصيبه والناتج من عدم المشترى للمبيع .

وسواء اتخذ البائع الطريق الأول أو الطريق الثانى فان له فى كل الأحوال المطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب اخلال المشترى بالتزامه بالتسليم .

ومثال ذلك : أن ينفق البائع مصروفات فى سبيل حفظ المبيع من التلف بعد فوات الميعاد الذى كان محددا للتسليم أو أن يطالب البائع مثلا بمقابل أجرة المكان الذى بقى مشغولا بالمبيع خلال الفترة التى تأخر فيها المشترى عن استلامه للشىء المبيع (١) .

وبختام هذا المبحث ينتهى دراسة آثار عقد البيع وننتقل الى القسم الثانى من هذا المصنف وهو خاص بأنواع البيوع .

---

(١) راجع د/ السنهورى ، المرجع السابق ، نفس الموضع ، د/لبيب شنب ،د/مجدى خليل ، نفس الموضع ، د/محمد على عمران ، المرجع السابق ص٢٣٩ بند ١٧٢ .

القسم الثاني

معالجة بعض أنواع البيوع

القســـم الثانــــــــــى

أحكـــــــام خاصـــه ببعـــض أنـــواع البيـــــوع

تمهيـــــد :

بعد أن عكفنا فى القسم الأول على بيان الأحكام التفصيليـة للأحكـام العامة لعقـد البيع من حيث الانعقاد والصحـة والاثبات وآثـار عقـــــــد البيع الصحيح ينبغى التعرض فـى هذا القســم الثانى لمعالجـة بعــــــض أنواع البيوع الخاصـة • وقد جمـع التقنين المدنى الحالى بعضــا مـــن هذه الأنواع فبدأ المشرع فى الماده ٤٦٥ ببيـــع الوفـاء ، ٤٦٦ـ ٤٦٨ تكلم فيه المشرع عن بيع ملك الغير ، ٤٦٩ ـ ٤٧٢ بيـع الحقوق المتنــــازع عليها ، ٤٧٣ ـ ٤٧٦ بيع التركـه ، ٤٧٧ـ ٤٧٨ البيـع فى مـــرض المـوت ، ٤٧٩ ـ ٤٨١ بيع النائب لنفســه • وقد تناولنـا فــــــى القسم الأول من هذا المصنف معالجـة البعض منهـا •

وسوف نقتصر فى دراستنا على البعض الباقى نخصص لكـل منه فصــلا مستقلا "١" بيـــع الوفـاء "٢" بيـع المال المملوك على الشيوع "٣" بيـــع الحقوق المتنازع عليهـا "٤" بيـع التركات "٥" البيع فى مرض المـــــوت

الفصل الأول

بيع الوفاء

مفهومه :

بيع الوفاء هو البيع الذى يحتفظ فيه البائع لنفسه بالحق فى استرداد الشيء المبيع خلال مدة معينه [١] اذا شاء فى مقابل رد الثمن ومصروفات العقد ومصروفات الاسترداد والمصروفات التى تكون قد أنفقت على البيع ٠

وبيع الوفاء [٢] هو بيع معلق على شرط فاسخ ٠ فلا تزول الملكيه عن البائع بصفة نهائية ولايكتسب المشترى ملكية المبيع بصفة نهائية بل يكون من حق البائع اذا هو رد للمشترى الثمن ومصروفات العقد والاسترداد وما يكون قد أنفقه على المبيع أن يسترد المبيع من المشترى خلال مدة معينة من تاريخ العقد فينفسخ البيع ويعتبر كأن لم يكن ٠

ولقد شاع استعمال هذا النوع من أنواع البيوع فى ظل التقنين المدنى الملغى ٠ وكثيرا ما كان يلجأ اليه المرابون للتهرب من

---

(١) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ص٨٦ بند ٣٤ ٠
(٢) راجع د/ سمير تناغو ، المرجع السابق ص٣٧٧ بند ٩١ ٠

الأحكام الخاصة بالرهن . بل ان هذا النوع من أنواع البيوع كأن يوفر لهم حماية أكبر فيه يمكن التهرب من الرهن الرسمى فى خصوص الأحكام الشكلية ، وبه أيضا تنتقل الحيازة من البائع الى المشترى (والمشترى لايعدو أن يكون فى الحقيقة كونه دائنا مرتهنا) . ثم ان هناك أكثر من ذلك اذ أنه يترتب على عدم استعمال البائع لحقه فى العدول وهذا هو ما يحدث فى غالب الأحوال انتقال الملكية بصفة نهائية وباته من البائع الى المشترى لتخلف الشرط الفاسخ الذى علق عليه البيع وهذه ميزة آخرى لايكفلها الرهن للدئن سواء كان الرهن رسميا أو حيازيا .

وللقضاء على مثل هذا التحايل تدخل المشرع فى القانون ١٩ لسنه ١٩٢٣ فعدل نص المادة ٣٣٩ مدنى قديم بأن جعلها تنص على أنه " اذا كان الشرط الوفائى مقصودا به اخفاء رهن عقارى فان العقد يعتبرباطلا لا أثر له سواء بصفته بيعا أو رهنا " . وبذلك يكون المرابون عرضة لأن يفقدوا كل ميزة لهم اذا تبين أن بيع الوفاء كان ساترا برهن .

ومع ذلك فقد ظل المرابون على سابق عهدهم كثيرى اللجوء الى ستر الرهن ووضعه فى صورة بيع الوفاء معتمدين فى ذلك على مايبذلون من حرص لاخفاء حقيقة تصرفاتهم .

حكم بيـع الوفاء فى التقنين المدنـى الجديـد :

نصت الماده ٤٦٥ مدنى على أنه " اذا احتفظ البائع عند البيع بحق الاسترداد للمبيع خلال مدة معينه وقع البيع باطلا "٠

يتضح من هذا النص أنه يقرر بطلان بيع الوفاء الذى كان جائزا فى ظل التقنين المدنى القديم (١) وهذا البطلان هو بطلان مطلق لاترد عليه الاجازة (٢) والحكم الخاص ببطلان بيع الوفاء يسرى على العقود التى تبرم بعد العمل بالقانون المدنى الجديد ، أما العقود التى أبرمت فى ظل القانون المدنى القديم فانها تكون صحيحة طبقا للقانون ٠

والحكمة من ابطال بيع الوفاء فى القانون الجديد (٣) رغم أنه يستجيب الى القواعد العامه فى امكان تعليق انتقال الملكية على شرط فاسخ ٠ أنه ثبت بالتجربه أن هذا البيع لايبرم الا ستارا لرهن تكون شروطه مجحفة بالمدين الراهن وهو عادة من صغار الملاك ٠

فالمدين الراهن يحصل عادة على مبلغ أقل بكثير من قيمة الشيء الذى يملكه وبدلا من رهن هذا الشيء فان الدائن يشترط عليه

---

(١) راجع د/ سمير تناغو ، المرجع السابق ص٣٨٠٠

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٦٩/١/٢٣ مجموعة المكتب الفنى السنه ٢٠ ص١٤٤٠

(٣) راجع د/ سمير تناغو ، نفس المرجع والموضع السابق ٠

أن يتـم الرهــن فى صورة عقد بيع وفائــى ، يكــون فيه للبائع وهـــــو المديـــن الراهــن الحــق فــى استرداد المبيــع اذا وفــى مبلــغ القـــرض وهو مايذكر على أنه ثمن البيع خـلال مده معينـه •وينساق المديــــن الراهــن الى هذا النوع من التصرف مدفوعا بحاجتـه الى المال ، وأمـــلا أنه سيتمكــن من استرداد الشــئ المبيــع ، ولكــن أملــه يخيــب اذ أنــه لايحســن عادة تقدير امكانياتــه فى الوفــاء بمبلــغ الديــن مستقبلا •

أمـا مصلحة الدائن فى ابرام عقد القرض فى صورة بيــع وفائـــــــى وعــدم ابرامــه فى صورة ديــن مضمون برهــن • فهو تفادى القاعـــــدة الآمـرة التى تقضى ببطلان كل اتفاق يجعــل للدائن الحــق عند عـــدم استيفــاء الدين وقت حلول أجله فى أن يتملك المال المرهون نظيـــر ثمــن معلــوم (المواد ١٠٥٢ ، ١١٠٨ مدنى) • لأن هــذه القاعــده تقصــد بها بالذات ألا يؤول المــال المرهــون الــى الدائــن مقابـــــل مبلــغ الديــن وهو عادة أقــل من قيمــة هذا المــال بكثير وما قصــــدت هــذه القاعدة تفاديــه فان البيع الوفائــى يحققــه للدائــن فــى سهولـــــة ويســـر •

ولهذا السبب نص المشرع فى القانون المدنى الجديد على بطلان بيــــع الوفاء بعد أن كان المشروع التمهيدى نظمه فى المواد مــن (٦١٨ــ ٦٣١) على غرار القانون المدنى القديم •

وقد ثارت مناقشــات فى هذا الشأن فى لجنــة مجلس الشيوخ انقســمت

فيها الاراء ولكنها انتهت الى اتفاق على النص الذى صدر فى القانون فى صياغته الأخيرة (١) وقد جاء فى تقرير لجنة مجلس الشيوخ " تناولت اللجنه بيع الوفاء وقد رأت بالاجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة جدية فى التعامل انما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان تبدأ ستارا لرهن وينتهى الرهن الى تجريد البائع من ملكه بثمن بخس • والواقع أن من يعمد الى بيع الوفاء لايحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع بل يحصل عادة على مايحتاج اليه من مال ولو كان أقل بكثير من هذه القيمة • ويعتمد غالبا على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء أجل الاسترداد • ولكنه قل أن يحسن التقدير • فاذا أخلف المستقبل ظنه وعجز عن تدبير الثمن خلال هذا الأجل ضاع عليه دون أن يحصل على مايتعادل مع قيمة وتحمل غبنا ينبغى أن يدرأه القانون عنه "•

---

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٢٠٥ ،د/أحمد نجيب الهلالى ،د/حامد ذكى فقرة ٢٣٣ •

الفصل الثانى

بيع المال المملوك على الشيوع

تمهيد :

الصلة بين بيع ملك الغير وبيع المال الشائع :

نص المشرع على بيع ملك الغير فى باب البيع فى الماده ٤٦٦ مدنى ومابعدها ونظر فيه الى بيع المال المعين بالذات المملوكه ملكية مفرزه ، ولم يعرض لبيع المال المملوك على الشيوع لأن الأول هو الغالب . أما الثانى فملكيته ملكية من نوع خاص نظمها المشرع فى الكتاب الثالث الذى خصصه للحقوق العينية الأصلية وتناول فيه حكم الملكيه الشائعة (١) .

غير أن ثمة صلة وثيقة بين بيع ملك الغير وبيع المال المملوك على الشيوع لأن القسمة التى ترد على هذا المال تعتبر مقدرة للحقوق بمعنى أن كل شريك يعتبر بعد القسمة أنه قد ملك ما وقع فى نصيبه ملكيه مفرزه من يوم نشوء حقه الشائع وأنه لم يملك قط شيئا مما وقع فى نصيب غيره من الشركاء .

---

(١) راجع د/ سليمان مرقس ، عقد البيع ١٩٩٠ ص٥٠٠ بند ٢٨٧ .

وسوف نتولى تباعا بيان أحكام بيع المال المملوك على الشيوع .

١ ــ مفهوم الملكيـــة الشائعه ومدى حق المالك على الشيوع :

نصت الماده ٨٢٥ مدنى على أنه " اذا ملك اثنان أو أكثر شيئـــا غيــر مفرزة حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء على الشيوع ".

يتضح من هذا النص أن الشريك على الشيوع لايستقـل بملكية المـــال الشائع أو بملكية أى جزء منه بل يكون له حق فى كل ذرة من ذرات هـــذا المال مقيد بحقوق شركائه فيها ، فهو يستقل بملكية حصة شائعـة فـــى كـل المال المملوك على الشيوع ولايستقل بملكية أى جزء منه .

وقد نصت الماده ١/٨٢٦ مدنى على أن " كل شريك على الشيـــوع يملك حصتــه ملكا تاما وله أن يتصرف فيهـا وأن يستولى على ثمارهـــا وأن يستعملها بحيث لايلحـق الضرر بحقوق سائر الشركاء ".

ونظرا لأن الملكية الشائعــة تفرض قيوا على استعمال الحــق فـــى المال الشائع لذلك اعتبرها المشرع حالة طارئـه وسهل انهاءهـا بالاتفـــاق أو القضـــاء . ومنــع الاتفـاق على البقـاء فى الشيـوع الـى أجـــل يجاوز خمس سنوات (م٨٣٤ مدنى ومابعدها).

٢ ـ القيود التى ترد على مالك الشيوع عند التصرف فى حقه :

هناك قيود على عاتق المالك على الشيوع عند تصرفه قبل اجراء القسمه وبعد اجرائها وقبل التسجيل ٠ وسوف نعرض فيما يلى هذه القيود على النحو التالى :ـ

(أ) قيود ترد على مالك الشيوع قبل اجراء القسمة :

قبل اجراء القسمة يجب أن يقتصر مالك الشيوع على التصرف فى الحصة الشائعه منعا للاضرار بحقوق شركائه ، ويقتضيه ذلك أن يراعى فى احلال المتصرف اليه فى حقه أن يكون احلاله فيه بحالته بحيث لايحدث التصرف أى تغيير فى مركز الشركاء ٠ أو بعبارة آخرى ألا يتصرف فى حصته كلها أو بعضها شائعه فى كل المال ٠ فاذا راعى ذلك وقع تصرفه صحيحا وانتقل حقه الى المتصرف اليه وصار هذا شريكا فى الشيوع مع شركاء المتصرف الى أن تتم قسمة المال الشائع فيختص بجزء منه بقدر حصته الشائعة (١) فاذا سجل هذا المشترى عقده قبل شهر عقد القسمة فانه يصبح غيرا بالنسبه الى عقد القسمة فى حكم الماده العاشره من قانون الشهر العقارى ٠ وبالتالى لايحتج عليه بهذه القسمه يستوى فى ذلك أن يكون شراؤه سابقا على اجراء القسمه أم لاحقا لها ٠ ويصبح فى الحالين شريكا فى العقار

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٧١/١/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ٢٠٣٠

الشائع بقدر الحصه التى اشتراها • ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن في القسمة التى تجرى بخصوص هذا العقار قضاء أو اتفاقا بل له أن يطلب اجراء قسمة جديدة اذا لم يرتضى القسمه التى تمت دون أن يكون طرفا فيها (١).

أما اذا رضى بالقسمه (المشترى) أو لم يعترض عليها • فان البائع اليه يصبح ملتزما بأن ينقل اليه ملكية القدر الذى باعه اليه شائعا فيها اختص به بمقتضى عقد القسمه ولايجوز لأى من المتقاسمين الآخرين أن يعترض على ذلك (٢).

تصرف الشريك فى المال الشائع كله أو فى جزء مفرز منه :

اذا لم يراع الشريك على الشيوع فى تصرفه ما سبق ذكره ، بأن تصرف فى كل المال الشائع أو فى جزء مفرز منه قبل اجراء القسمه بينه وبين سائر شركائه ، كان من الواضح أن تصرفه يرد فى هذه الحالة على حصته الشائعه فى المبيع وعلى حصص شركائه الشائعه فيه أيضا ، أى أنه يعتبر صادرا من مالك بالنسبه الى حصة البائع ومن غير المالك بالنسبه الى حصص شركائه •

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٦٥/١٢/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص١١٧٢

(٣) راجع نقض مدنى ١٩٦٢/١/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ١٠٢٧ •

ويبدو أن صعوبة التكييف باعتبار هذا التصرف صحيحا لصدوره من مالك أو اعتباره قابلا للابطال تغليبا لكونه صادرا من غير مالك . كما أن فكرة الأثر الرجعى للقسمة الكاشف الذى يترتب عليه أن يعتبر البائع بعد القسمة أنه كان مالكا منذ الأصل كل المبيع اذا وقع هذا فى نصيبه أو أنه لم يملك شيئا قط منه اذا لم يقع شئ منه فى نصيبه (١) لذلك يجب أن نعرض لحكم هذا التصرف قبل أن تتم القسمة ثم لحكمه أيضا بعد تمام القسمة .

١ – حكم التصرف قبل تمام القسمة :

أولا : فيما بين المتعاقدين :

حسم المشرع الخلاف الذى كان ثائرا فى اعتبار البيع لجزء مفرز من أحد الشركاء معلقا على نتيجة القسمة هو بيع معلق على شرط واقف هو وقوع الجزء المفرز فى نصيب البائع عند القسمة . واعترض على ذلك بأنه لايمكن تشبيه هذا البيع بالبيع المعلق على شرط واقف لأن هذا البيع ينتج آثار قبل نتيجة القسمة فالبيع هنا ينقل للمشترى حقوق البائع الشائعة فى جزء مفرز من وقت ابرامه أو من وقت التسجيل اذا كان المبيع عقارا (٢) فقد جاء نص الماده ٨٢٦ مدنى

---

(١) راجع قانون التسجيل السودانى الصادر فى ١٩٢٥/١٢/٣١ "خول أمين الشهر رفض أى تسجيل من جانب أحد الشركاء الا بموافقة الباقيين" .

(٢) راجع د/ سليمان مرقص ، عقد البيع عام ١٩٩٠ ص٥٣٤ .

التى نصت على حق المتصرف اليه حسن النيه فى ابطال العقد بعد حصول القسمه وعدم وقوع الجزاء المفرز الذى ورد عليه التصرف فى نصيب البائع ، وسكتت عن حقه فى الابطال فيما قبل القسمة • فالذى يبدو أن هذا النص (١) قرر عدم جواز الابطال قبل القسمة •

وقد ذهب جانب من الفقه الى القول أن المشرع قصد بهذا النص مبدأ الحلول العينى علاجا للمضار التى تترتب على أثر القسمه الكاشف بعد وقوع القسمه •

وظاهر أن الحلول العينى لايتضح أثره الا بعد القسمه • أما قبل ذلك وما دام الشيوع قائما فان كل واحد من الشركاء يملك حصته شائعة فى كل جزء من المال الشائع •

واذا باع أسهم جزءا مفرزا فانما يبيع بذلك فوق حصته الشائعة فى هذا الجزء حصص شركائه فيه أيضا • ويعتبر البيع واردا على ملكه فيما يتعلق بحصته وعلى ملك الغير فيما يتعلق بحصص شركائه (٢).

فيجوز للمشترى سواء علم بأن البائع لايملك المبيع مفرزا أو لم يعلم أن يطلب قبل القسمه ابطال البيع فيما يتعلق بحصص الشركاء على الأقل وفقا للماده ٤٦٦ أو يبطله كله لعدم تفريق الصفقة ومما يعزز القول

---

(١) راجع د/ سليمان مرقص ، نفس الموضع والمكان السابقين •

(٢) عكس ذلك د/السنهورى ، الوسيط ج٤ ص٣٠١ هامش ٢ بيع ملك الغير يختلف عن هذا البيع بفصل الأثر الكاشف للقسمه •

بذلك أن الماده ٨٢٦ مدنى اعترفت للمتصرف اليه حسن النيـه بحـق ابطال التصرف بعد القسمه • فلابد أن يكون البطلان قائما من قبـل القسمه اذ لايتصور أن تجعـل القسمـه العقد الصحيح ينقلب باطـلا وانما تتصور العكس أو أن تحـد من امكـان ابطاله ، فيتصور أن يرتـب المشرع عليها وعلى تقرير مبدأ الحلول العينى سلب المشترى الذى كـان يعلم أن البائع لايملك المبيع مفرزا حقه فى ابطال البيـع باعتبار أن تقريـر الحلول العينـى يزيـل عيب ملك الغيـر ، ولكـن لايتصـور أن يرتـب عليهمـا سلب المشترى الذى كان يجهـل حالة الشيوع حقـه فى ابطـال العقد للغلط فى المبيع اذ أن تطبيق الحلول العينـى لايلغـى وقـوع المشترى فى ذلك الغلط (١).

والخلاصـة من ذلك أن بيع الشريك لحصة مفرزة يكون حكمـه قبـل القسمـه حكم بيـع ملك الغير فيما يتعلق بحصص باقى الشركـاء علـى الأقـل فيجوز للمشترى ابطال هذا العقد سواء كان عالما بالشيوع أو غيـر عالم • ولكن يشترط فى الحالة الأولى أن يطلب المشترى ابطـال البيع قبل حصول القسمـه والا سقط حقه فيه خلافا للمشترى حسن النيـه وليس للبائع بمقتضى أحكام بيع ملك الغير أن يطلب ابطال العقـد بأى حال (٢) غير أنه اذا رفع المشترى صحـة ونفاذ العقـد لايجـوز لـه

---

(١) راجع د/سليمان مرقس ، المرجع السابق ص٥٣٦ •

(٢) راجع استئناف مصر ١٩٩٠/٤/٢٤ مجلة المحاماه السنة ٢١ ص٤٦•

الحكم بذلك لأن من شروط هذه الدعوى أن يكون تنفيذ التزام البائع بنقل الملكيه ممكنا ٠

وفى هذه الحالة (الملكية الشائعة) يتعذر نقل ملكية حصص سائر الشركاء على الشيوع ٠ كما لايجوز القضاء أيضا للمشترى بتسليم الجزء المفرز لأن البائع كان لايملك ذلك فليس للمشترى بأكثر من حقوق البائع كما أن فى القضاء بالتسليم فيه افراز لجزء من المال الشائع بغير الطريق الذى رسمه القانون (١) .

أما بعد القسمه اذا وقع هذا النصيب فى نصيب البائع كان صحيحا ونافذا ٠ وأن وقع فى نصيب غيره وجب التفرقه بين ما اذا كان المشترى عالما بالشيوع أو كان غير عالما به ففى الحالة الأولى فقط يكون له المطالبه بالابطال ٠

ثانيا : بالنسبه لباقى الشركاء :

قبل القسمه يكون التصرف الوارد على الحصة المفرزة نافذا فى حق شركاء البائع فيما يتعلق بحصة الأخير وغير نافذ فى حقهم فيما يتعلق بحصصهم فيترتب عليه أن يحل المشترى فى الجزء المفرز محل البائع اليه فتكون له حصته الشائعة فيه ، ويعتبر هو لا البائع

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٧٤/١٢/٣ ، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ عاما ص١٣٢٤ ٠

شريكا لسائر الشركاء له ما لهم وعليه ما عليهم .

ولذلك لا يجوز لهم أن ينزعوا منه هذا الجزء ولا أن يرفعوا عليه دعوى استحقاق لأن ذلك يقتضى أن تكون الملكيه خالصه لهم وأن لايكون للمشترى أى نصيب فيها . وهذا لن يتحقق الا بتمام القسمه ووقوع الجزء المفرز فى نصيب غير البائع والمشترى .

ولذلك قضت محكمة النقض (١) بأنه فى تقرير حكم العقد فى علاقة المشترى مع من يدعى استحقاق المبيع لنفسه سواء كان هذا المدعى شريكا فى المال الشائع أم متلقيا ملكه من شريك فيه على المشاع لا خلاف فى أنه ليس للمستحق أن يدعى الاستحقاق فى المبيع الا بعد القسمه لهذا المال الشائع ووقوع المبيع فى نصيبه هو لا فى نصيب البائع الى ذلك المشترى وكل ادعاء منه قبل ذلك يكون سابقا لأوانه خليقا بأن تحكم المحكمة فيه بعدم قبوله أو رفضه ولكن ذلك لايمنع الشركاء فى مطالبة المشترى بأن يتفق معهم على كيفية الانتفاع بالجزء الذى ورد عليه البيع باعتبارهم شركاء فيه على الشيوع (٢) ومن مطالبتهم اياه بقسمة هذا الجزء اتفاقا أو قضاء .

ومن المسلم أن عقد المشترى يعتبر سببا صحيحا يسمح له متى حاز

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٣٢/٦/١٦ مجلة المحاماه السنة ١٣، ٥٦/٦/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ ص٧٦٠ ، ١٩٥٥/٧/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ ص١٣٤١ .

(٢) استئناف مصر ١٩٤٠/٤/٢٤ مجلة المحاماه السنة ٢١ ص٤٦٠.

المبيع بحسن نية خمس سنوات أن يتملكه بالتقادم القصير (١).

أما بعد القسمة فيختص كل شريك من الشركاء بما وقع في نصيبه ولا يأخذ المشترى الا نصيب البائع اليه فى حدود ما اشتراه منه • ولا يكون له اذا لم يقع الجزء المفرز الذى اشتراه فى نصيب البائع اليه بموجب القسمه أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبه الى ذلك الجزء ذاته طالما أن القسمه وان كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه الى النصيب الذى اختص به البائع اليه بموجب تلك القسمه (٢).

٢ – حكم هذا التصرف بعد تمام القسمه :

لم يرد فى القانون الفرنسى ولا فى التقنين المدنى الملغى فيما يتعلق بتصرف الشريك فى المال الشائع كله أو فى جزء مفرز منه نص على حكم هذا التصرف بعد تمام القسمه ومن ثم فلا مناص الا بالرجوع للقواعد العامة فى القسمه بأنها ذات أثر كاشف • ومؤدى تطبيق هذه القاعدة • أنه اذا وقع المبيع بموجب القسمه فى نصيب الشريك البائع صح البيع ونفذ لأنه يكون قد ورد على مال مملوك للبائع والا كان حكمه حكم بيع ملك الغير وجاز للمشترى ابطاله •

---

(١) نقض مدنى ١٩٣٢/٦/١٦ المشار اليه " وضع اليد بحسن النية بسبب صحيح خمس سنوات يكسب الملكية ".

(٢) نقض مدنى ١٩٦٤/٤/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص٥٠٣ .

غير أن المشرع المصرى فى الماده ٨٢٦مدنى . ضيق من دائرة هذا البطلان حماية لاستقرار المعاملات . وقرر مبدأ الحلول العينى الذى بموجبه يحل الجزء الذى وقع بالقسمة فى نصيب الشريك البائع محل الجزء الذى عين فى عقد البيع ويعتبر واردا عليه منذ ابرامه . فيتملكه المشترى بموجب العقد ولايكون له أى حق على الجزء الذى عين أصلا فى العقد (١) ومؤدى ذلك ألا يعتبر البيع واردا على ملك الغير وأن لايجوز للمشترى طلب ابطاله بناء على الماده ٤٦٦ مدنى مادام قد وقع فى نصيب البائع جزء من المال الشائع .

غير أنَ المشرع لم يفته أن المشترى قد يتضرر من ذلك اذا كان تعمد شراء الجزء المعين فى العقد لغرض لايصلح له الجزء الذى وقع فى نصيب البائع فأجاز له ابطال العقد اذا كان يجهل وقت ابرامه أن المتصرف لايملك العين المتصرف فيها مفرزة . ولايجوز للمشترى ابطال العقد اذا كان يعلم أن البائع لايملك الجزء المبيع مفرزا .

واذا كان المشرع بذلك تفادى البطلان فى كثير من الحالات فى المبدأ الذى قرره فى المادة ٢/٨٢٦ مدنى والخاص بالحلول العينى الا أنه لم يعتن بتطبيقه فظلت هناك صعوبات كثيرة مازالت باقية دون حل . ومن هذه الصعوبات التى لم يتعرض المشترى لحلها طبقا للحلول العينى المقرر فى المبدأ سالف الذكر . ماهو الحل فى حالة ما اذا كان ماتم بيعه

(١) راجع نقض مدنى ١٩٧٥/١/٠٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ، ص ٠٣٠١.

من الشريك الشائع أكبر بكثير من النصيب الذى آل اليه بموجب القسمه فالحلول العينى لايتحقق الا عند تساوى الحصص وما هو الحل أيضا فى حالة وجود معدل للقسمة أى اذا دفع الشريك البائع معدلا ثم اتضح عند تقدم نصيبه بعد القسمه اجراء مقاصة بين الثمن المذكور فى العقد وفرق المعدل وانقضى بقدر الأقل منهما كل هذه صعوبات لم يتعرض المشرع لها بتنظيم ما (١).

(ب) قيود على مالك الشيوع بعد اجراء القسمة وقبل التسجيل :

لما كانت القسمه من العقود المقرره التى لايلزم شهرها الا للاحتجاج بها على الغير • فمتى كان ذلك فان القسمة تنتج أثرها فيما بين المتقاسمين اللذين اشتركوا فيها دون حاجة الى شهرها (٢) أى أن كل من المتقاسمين يصبح فى علاقته بسائر المتقاسمين مالكا دون غيره الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه وذلك بأثر رجعى يستند الى تاريخ بدء الشيوع .

فاذا أراد أحدهم أن يتصرف فى حقه تعين عليه أن

---

(١) راجع فى عرض هذه المصاعب والاقتراح بشأن حلها د / سليمان مرقص عقد البيع عام ١٩٩٠ ص ٥٣٣ بند ٣١٠ •

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٦٦/٢/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنه ١٧ ص٤١٣ •

يقصر تصرفه على النصيب المفرز الذى خصه بموجب القسمه . لأنه اذا تصرف فى جزء مفرز جعلته القسمه من نصيب غيره كان تصرفه واردا على ملك الغير وعاجزا بالتالى عن أن ينقل الى المتصرف اليه الحق موضوع التصرف وجاز للمتقاسم الذى ورد التصرف على ملكه التمسك بعدم نفاذ هذا التصرف فى حقه وحق للمتصرف اليه طلب ابطال التصرف .

وعلى ذلك اذا تصرف الشريك المتقاسم بعد القسمه وقبل التسجيل فى الجزء المفرز الذى أل اليه بموجب القسمه كانت القسمه حجه على المتصرف اليه ولم يجز له أن يتحلل منها بحجة عدم تسجيلها (١).

اما على أنه لايعتبر من الغير وفقا للماده العاشره من قانون الشهر العقارى لأنه قد تلقى حقه على أساس القسمه التى تمت لاعلى أساس أن الشيوع ما زال قائما واما على أساس أنه بشرائه الجزء المفرز الذى اختص الشريك البائع بمقتضى القسمه غير المسجله يكون قد ارتضاها (٢).

أما اذا تصرف فى جزء مفرز غير الجزء الذى وقع فى نصيبه

---

(١) راجع د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق ص٥٣٩ بند ٣١٣ .
(٢) راجع نقض مدني ١٩٥٩/١/١٥ مجموعة أحكام النقض السنه ١٠ ص١١٤٣ .

بمقتضى القسمه غير المسجله فان المتصرف اليه لايتلقى حقه على أساس القسمه اذ هو قد أنكرها بشرائه ما لم تخصصه للبائع اليه وانما على أساس أن الشيوع ما زال قائما رغم اجراء القسمه ومن ثم فانه اذا سجل عقده قبل تسجيل القسمه يعتبر من الغير ولايحتج عليه بالقسمه ويكون له اذا لم يرتضيها أن يطلب اجراء قسمة جديدة (١).

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٦٥/١٢/٢ مجموعة أحكام النقض السنه ١٠ ص١١٧٢ .

الفصـــل الثالـث

بيـــع الحقـــوق المتنــــازع عليهـا

تمهيـــــد :

رغبـة من المشرع فى منـع المضاربات فى الحقوق التى تكـــون محلا للمنازعـــه فقد وضـع أحكاما خاصـة لهذه الحقوق المتنازع فيها وكيفيـــة استرداد هـــذه الحقـوق • وجعـل الحق قابلا للاسـترداد اذا كــان متنازعا فيــه وتــم التصــرف فيه بطريق المضاربه •

وسوف نعرض فيما يلى للتنظيم التشريعى لهذه الحقوق المتنازع فيهـا ثم لكيفيـة هــذا الاسـترداد وشروطـه وآثـاره فى القانون الفرنسـى والمصـرى وذلك فى مبحثين على التوالى هما :

المبحث الأول

١ ـ التنظيم التشريعي للحقوق المتنازع عليها :

نظم المشرع المصرى الحقوق المتنازع عليها فى باب البيع وذلك فى المواد من ٤٦٩ ـ ٤٧٢ مدنى . هذا ويلاحظ أن هذه الأحكام لاتنصرف فقط الى حالة بيع الحقوق العينية المتنازع عليها (١) . بل أيضا تمتد الى حوالة الحقوق الشخصية . وسواء كان الحق المتنازع عليه حقا عقاريا أم حقا منقولا مادام التنازل قد تم نظير مبلغ من النقود .

وليس هناك ما يحول دون نزول الشخص عن حق متنازع عليه فيتخلص مما يثيره هذا الحق من نزاع ومايسببه من مضايقات وذلك عن طريق نزوله عن هذا الحق الى الغير فى مقابل ثمن مخفض .
والمشترى بدوره يشترى الحق المتنازع عليه وهو على بينة من الأمر فهو يشترى قابلا ما يتعرض له من مخاطر .

على أن بيع الحقوق المتنازع عليها وان كان سائغا ولاشبهة فى جوازه الا أنه قد ينطوى على بعض المخاطر التى حرص المشرع فى تنظيمه له على تفاديها فبيع الحقوق المتنازع عليها يستأهل لهذا تنظيما

---

(١) راجع د/البدراوى ، الوجيز فى عقد البيع ١٩٩٠ ص٤٢٤ .

خاصا يتضح مما يأتي (١) :-

أولا : يعتبر بيع الحقوق المتنازع عليها من بيوع الغرر • فوجود الحق وثبوته يتوقف على مصير النزاع القائم بشأنه • فالمشترى يشترى مخاطرا ويترتب على ذلك أن البائع يجب عليه اخطار المشترى بكون الحق متنازعا عليه • فان لم يفعل كان العقد قابلا للابطال على أساس الغلط أو التدليس كما يكون للمشترى فضلا عن ذلك الرجوع بالضمان فى حالة البيع أو الحوالة •

ثانيا : تختلف قواعد الضمان فى بيع الحقوق المتنازع عليها وحوالتها عن القواعد العامه فى الضمان • ففى الحوالة يضمن المحيل وجود الحق المحال به وقت الحوالة • فهو يضمن أن هذا الحق موجود وصحيح ونافذ • أما فى حالة الحق المتنازع فيه فضمان المحيل أخف نظرا لطبيعة الحق المحال •

ثالثا : هناك طائفه من الأشخاص منعهم القانون من شراء الحقوق المتنازع فيها أو التعامل عليها هم القضاه وأعوانهم والمحامين ووكلائهم وقد سبق أن تعرضنا لذلك فى الباب الأول -

وأخيرا : لاحظ المشرع أن حوالة الحقوق المتنازع فيها قد تنطوى على خطر من ناحية آخرى • فقد يتخذ البعض من هذه

---

(١) راجع د/ البدراوى ، نفس المرجع والموضع السابق •

الحوالة وسيلة للمضاربة والاستغلال • فقد يعمد بعض محترفى المحاكم الذين يتخذوا من الاجراءات القضائية طويلة الأمد سلاحا للضغط على المحال عليه • وقد خول المشرع المتنازل ضده الحق فى استرداده هذا الحق الا فى حالات وارده على سبيل الحصر وردت فى الماده ٤٧٠ مدنى •

٢ ـ مضمون الحق المتنازع فيه :

نصت الماده ٤٦٩ مدنى على أنه " يعتبر الحق متنازعا فيه اذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام بشأنه نزاع جدى "•

يتضح من هذا النص أن الحق يكون متنازعا عليه فى احدى حالتين :ـ

الحالة الأولى : اذا كان الحق موفوعا بشأنه دعوى أمام القضاء •

يشترط فى هذه الحالة أن تكون الدعوى خاصه بأصل الحق أى موضوعه ويعتبر الحق متنازعا فيه اذا رفعت بشأنه دعوى اتخذ فيها المدعى عليه موقف الانكار للحق • أما اذا تمسك المدعى عليه بدفع شكلى أو بدفع بعدم القبول لرفعها من غير ذى صفة فان موقفه هذا لايجعل الحق متنازعا فيه (١) ويظل الحق متنازعا فيه حتى ولو صدر حكم لمصلحة رافع هذه الدعوى طالما أن مواعيد الطعن فى هذا الحكم لازالت قائمة فاذا انقضت مواعيد الطعن وأصبح الحكم حائزا لقوة الأمر المقضى فان الحق يصبح غير متنازع فيه (٢).

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٣٨/٤/٧ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض ج١ ص٣٦٨ فقرة ١٣٨ •

(٢) راجع بلانيول وريبير وهامل ج١٠ فقرة ٣١٩ ،د/السنهورى فقرة ١٠٥ •

ويعتبر الحق متنازعا فيه اذا ثار بشأنه نزاع جدى ولو لم ترفـــع به دعوى كما لو اغتصب شخص أرض غيره وقدم صاحب الارض شكوى الــــى الجهة الادارية (١).

الحالة الثانية : اذا قام بشأنه نزاع جدى .

فاذا قام نزاع جدى ولو لم يطرح النزاع على القضاء بعد يكون النـــزاع جديا اذا وصل الى حـــد يتعذر معـــه تسويتـــه ويجعـــل أمر رفع الدعـــوى به شيئا محتملا وتقديـــر ذلك كله متروك للسلطه التقديرية لقاضى الموضــــوع بعيدا عن رقابة محكمة النقض (٢).

ويعتبر أن النزاع جدى كلما كانت هناك حاجة الى رفع دعوى لاثبـــات حق صاحب الحـــق .

---

(١) راجع د/ سمير تناغو ، المرجع السابق ص٣٩٢ فقرة ٩٣ .
(٢) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص٤٢٦ فقرة ٢٩٥ .

المبحث الثانـــى

استـراد الحـــق المتنـــــازع فيـــه

Retrait Litigietx

تمهيـــــــد :

لقد أوضح المشرع للمتنازل ضده كيفية الاسترداد والأحكام الخاصــــة به فى الماده ١/٤٦٩ مدنى ثم أوضح الاستثناء على ذلك فى المــــاده ٤٧٠ مدنى . ومن ثم نعرض فيما يلى لمعنى الاسترداد وحكمتــه ثـــم نظامــه وكيفيــة استعمــال الحق فى الاسترداد وآثــاره ثــم فى بيــــان أخير الاستثناءات التى ترد على حق الاسترداد .

أولا : معنى الاسترداد وحكمتـــــه :

الحق المتنازع فيه حق محتمــل الوجود ، وهو بهذا الوصــف يجـــوز بيعــه ولما كان الحـــق محل نزاع ويحتمل أن يثبت عدم وجوده كلــــــه أو بعضــه فالبيع يكون هنا عقدا احتماليا فاما أن يثبت الحق للبائــــــع فيثبت للمشترى كخلف له ، وأما ألا يثبت فلا ينتقل الى المشترى شـــىء اذ أن البائع لايضمن للمشترى وجود هذا الحـــق (١).

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٤٨/١/١٥ مجموعة عمر ج٥ ص٢٥٦ ، وقريـــب من هذا د/ السنهورى ،د/البدراوى حيث يريان أن البائع وان كـــان يضمن وجود هذا الحق فانه يضمنه متنازعا عليه .

والمشترى وهو يقدم على شراء هذا الحق انما يقدم مضاربا فيدفع ثمنا أقل من قيمته الحقيقية ويكون الفرق بين تلك القيمة والثمن الذى يدفعه مقابلا لما يتعرض له من احتمال الخسارة (١) ومنعا لمثل هذه المضاربات وحسما للنزاع أجاز المشرع لمن عليه الحق المتنازع فيه أن يسترده من المشترى فى مقابل أن يرد له ما أنفقه من ثمن ومصروفات وفوائد • غير أن المشرع منع هذا الحق فى حالات استثنائية تنتفى فيها فكرة المضاربه فجاء النص على ذلك فى الماده ٤٦٩ مدنى التى نصت على أنه " اذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل الى شخص آخر فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبه اذا هو رد الى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصاريف وفوائد الثمن من وقت الدفع •••••• الخ النص "•

ثانيا : نطاق تطبيق خيار الاسترداد :

يتضح من نص الماده ١/٤٦٩ مدنى أن خيار الاسترداد يقدم فى حالة النزول عن الحق الشخصى والحق العينى على السواء ولا يوجد مايلزم بقصره على الحقوق الشخصية • فاذا كان الحق المتنازل عنه حقا شخصيا جاز للمدين أن يتخلص من هذا الدين عن طريق رده للمحال مادفع من ثمن • واذا كان الحق المبيع حقا عينيا كان للطرف الثانى فى الخصومه الحق فى استرداده حالا محل المشترى •

---

(١) راجع د/ خميس خضر ، المرجع السابق ص٣٠٩ بند ١٩٨•

والاسترداد يوجد سواء كان الحق المتنازل عنه حقا منقولا أو عقاريا وسواء كان مالا مفردا أو مجموعة من الأموال • وانما يشترط أن يكون التنازل قد تم بمقابل •

وقد ذهب بعض الفقهاء الى القول (١) أنه لانسلم باستعمال الاسترداد لو حصل التنازل مقايضه • بل نرى عكس ذلك ونذهب مع الاتجاه الذى نراه متفقا مع صراحة النص الوارد فى المادة ٤٦٩ مدنى أن النص ورد بتعبير شامل بقوله " اذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبة ••••"

فالنزول عن الحق قد يكون بيعا وقد يكون مقايضه أو مقابل فى أى عقد آخر غير مسمى • فلا يجوز تقيد المطلق بغير موجب (٢).

غير أن الاسترداد لايستعمل فى البيع القضائى لأن النص السابق يفهم منه أن الحق انتقل الى الغير عن طريق التنازل من صاحبه وهو مايفترض أن يكون تنازلا اختياريا على عكس الحال فى البيع القضائى فهو بيع رغم ارادة البائع • كما أن البيع القضائى تنتفى فيه مظنة المضاربة والاستغلال لدى الراسى عليه المزاد • ولو سمحنا بالاسترداد فى هذا البيع لأحجم المتزايدون عن الدخول فى المزاد •

---

(١) راجع د/البدراوى ، الوجيز عام ١٩٩٠ ص ٤٢٧ •

ثالثا : كيفية وشروط الاسترداد :

١ ـ كيفية الاسترداد :

يكون استعمال هذا الحق باعلان المتنازل ضده عن ارادته في هذا الاسترداد . ولم يشترط المشرع شكل خاص لذلك . فيجوز أن يلجأ المتنازل ضده الى القضاء لكى يستصدر حكما بصحة الاسترداد . وقد يطلب المتنازل ضده الاسترداد فى أول الآمر أمام القضاء اذا ما كان الدائن قد رفع دعوى مطالبا المدين بالحق الذى ينازع فيه وحصل التنازل عن الحق أثناء نظر الدعوى بين المدين والدائن فتدخل المتنازل له خصما فيها أو كان المتنازل له قد رفع الدعوى على المدين يطالبه بهذا الحق فان المدين يعلن رغبته وارادته فى الاسترداد عن طريق طلبه فى المحكمه من المشترى بالشكل العادى الذى تبى فيه الطلبات فى الخصومة . ولم يشترط القانون أيضا ميعادا محددا يستعمل فيه حق الاسترداد فيصح الطلب فى أى وقت الى أن يحسم النزاع فى شأن الحق المتنازل عنه .

واذا طلب الاسترداد أمام القضاء فيرى جمهور الشراح أن يكون بصفة أصلية وليس احتياطية وقد استقر قضاء محكمة النقض على ذلك (١) فقضت فى أحد أحكامها " لايخول المدين الحق فى

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٣٨/٤/٧ ، مجموعة عمر ج٢ ص٣١٧ رقم ١٠٩ .

الاسترداد للمبيع بعرض الثمن على المشترى الا اذا كان حاصلا بصفة أصلية وبغير منازعة فى أصل الدين رغبة منه فى انهاء الخصومه صلحا على هذا الأساس "٠

ولكن ماذهبت اليه محكمة النقض محل نظر فى رأى البعض (١) فطلب الاسترداد الذى يبدى أمام القضاء لايتحتم أن يكون بصفة أصليه الا اذا كان الحكم الذى يصدر فى موضوع النزاع مما لايجوز فيه الطعن بالطرق العادية ٠ أما اذا كان الحكم قابلا للطعن بالطريق العادى فيجوز فيه طلب الاسترداد بصفة احتياطية ٠

ونرى ازاء هذا النظر فان من المستقر عليه فى فقه المرافعات أن ما يجوز ابداؤه بالطلب الأصلى يجوز ابداؤه بالطلب الاحتياطى (٢) ويلتزم المسترد أن يؤدى للمتنازل له الثمن الحقيقى والفوائد والمصروفات من وقت الدفع عرضا حقيقيا فعلا لأن نص الماده ٢/٤٦٩ جاء صريحا على ذلك ٠ ولايشفع فى ذلك ما ذهب اليه بعض الشراح من أنه يكفى أن يعلن المسترد رغبته فى الاسترداد (٣) ٠

وأما عن شروط ثبوت الحق فى الاسترداد فقد سبق أن أشرنا الى أن ذلك يقتضى أن يكون الحق متنازع فيه ٠ وقد سبق ايضاح ذلك

---

(١) راجع د/اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص٢٨٤ ،د/أنورسلطان السابق ص٢٤٤ ،د/ البدراوى ص٥٩٨ ٠

(٢) راجع د/أحمد مسلم ، أصول قانون المرافعات ١٩٧١ ص١٨٢٠

(٣) راجع د/أحمد نجيب الهلالى ،د/حامد ذكى بند ٦١ ،د/محمد كامل مرسى بند ٢٤٠ ،د/اسماعيل غانم بند ٢٠٨ ٠

عند بيان مضمون الحق المتنازع فيه ومتى يعتبر كذلك .

كما أسلفنا أنه لابد أن يكون التنازل بمقابل وقد سبق أن أوضحنا في نطاق تطبيق خيار الاسترداد أنه لابد أن يكون بمقابل . وذكرنا من قبل أن هذا الاسترداد ينطبق على كل مقابل سواء كان بيعا أم مقايضه ازاء التعبير الشامل لنص الماده ١/٤٦٩ مدنى .

رابعا : آثار الاسترداد :

لم تحظى آثار الاسترداد سواء في مصر أو في فرنسا بتنظيم تشريعي لها ولقد تأثر الرأى الغالب في الفقه المصرى في تحديد هذه الآثار بالحلول المعمول بها في فرنسا وهى حلول أرساها الفقه والقضاء الفرنسى لا أساس لها في النصوص أو المبادىء العامه للقانون ومن أجل ذلك لابد أن نعرض لهذه الآثار في فرنسا ثم نعقب ذلك بدراستها في مصر .

أولا : آثار الاسترداد في فرنسا :

فكما سبق أن ذكرنا أن هذه الآثار لم ينظمها التقنين المدنى الفرنسى وانما لجأ الفقه والقضاء في فرنسا لتحديد هذه الآثار الى القانون الفرنسى القديم (١) فجاء تحديد هذه الآثار على النحو التالى :-

---

(١) راجع د/ خميس خضر ، المرجع السابق ص٣١٦ .

(أ) : في العلاقه بين المسترد والمتنازل له :

لايعتبر الاسترداد شراء جديدا اشترى به المسترد الحق من المتنازل له بل يحل المسترد محل المتنازل له في الحق موضوع التنازل بأثر رجعي بحيث يعتبر المتنازل له لم يكتسب حقا أصلا ، ويترتب على ذلك أنه اذا آن المتنازل له قد رتب على الحق المتنازع فيه في الفتره بين التنازل والاسترداد حقوقا للغير فان هذه الحقوق لايحتج بها على المسترد (١).

(ب) : في العلاقه بين المتنازل والمتنازل له :

يبقى العقد الذى تم بين المتنازل والمتنازل له قائما بحكم العلاقة بينهما وأثر للاسترداد اذ أن حلول محل المتنازل له انما هو حلول نسبي يقتصر على العلاقه بينهما ٠

وعلى ذلك يبقى المتنازل له ملزما بدفع الثمن الى المتنازل اذا لم يكن قد دفعه ولايحل المسترد محله في هذا الالتزام لأن المتنازل يعتبر أجنبيا عن الاسترداد فلا يحتج به عليه (٢)ـ

---

(١) راجع مازو ج٣ بند ٨٥٥ ، بيدان بند ٤٠٤ ص٣٣٤ ٠

(٢) بلانيول وريبير وهامل ج١٠ بند ٣٢٢ ٠

(ج) : في العلاقــه بين المسترد والمتنــازل :

ذهب الرأى الغالب أخـذا بتقاليد القانون الفرنسى القديم الـى أن للمتنازل بالاضافـة الـى دعواه قبل المتنازل له والتى لايؤثـر فيهـا الاسـترداد دعـوى مباشـره قبـل المسترد (١) وظاهـر ما فـى هـذا مـن تناقض مـع القـول بأن أثـر الاسترداد نسبى يقتصر على العلاقـه بيـن المسترد والمتنازل له بحـيث يكون المتنازل أجنبيا عن الاسـترداد.

ثانيا : آثـار الاسـترداد فى مصـر :

لم ينظم التشريع المصرى هـذه الآثـار ولذلك تأثـر الفقـه فـى مصـر بمـا ذهـب اليه الفقـه والقضـاء الفرنسـى فى هذا الصـدد فذهب رأى (٢) الى القول أن استرداد الحـق المتنازل عليه يعتبر شـراء للحـق من المتنازل له بحيث يتلقى المسترد حقـه من المتنازل لـه الا أن الرأى الغالـب (٣) فى الفقه المصرى يرى أن المسترد يحل محـل المتنازل له بأثـر رجعى • ولايعتبـر الأسترداد شراء جديد للحـق المتنازل فيه الـذى صـدر من المتنازل له للمسترد ، ويعتبر المتنازل لـه كأن لم يكتيب الحـق أصلا .

---

(١) بيدان بند ٤٠٥ ، مازو ج٣ بند ٨٥٥.

(٢) راجع د/ خميس خضر ، المرجع السابق ص ٣٢٠ بند ٣٠٦،د/منصور مصطفى ، المرجع السابق ص ٢٧٦،٢٧٧ بند ١٢٠.

(٣) راجع د/البدراوى ،المرجع السابق ص٤٣١،د/السنهورى ،المرجع السابق ص ٢٩٧ بند ١٠٧ ، د/أنور سلطان بند ٤٢٥.

ويترتب على هذا التكييف مايلى من آثار :ـ

(أ) في العلاقه مابين المسترد والمسترد منـــه :

يحل الأول محل الثاني في الصفقه دون أن يعتبر خلفا له • فـــلا تنفـذ قبل المسترد تصرفات المسترد منـه في الحق المتنازل عنـه في الفتـره ما بين البيع والاسترداد • ولاالحجوز الموقعـة على هذا الحـق فـــى ذمـة المسترد منـه (١) ويجـب على المسـترد أن يـرد الـى المسترد منـه ثمـن البيـع وملحقاته اذا كان المسترد منه قد دفع الثمن الى البائـــع• والا جـاز للمسـترد أن يدفعـه مباشـرة الـى البائـع علـى أن يكـــون ذلـك فورا •

(ب) في العلاقــه ما بيــن المســترد والبائـــع :

يكـون للأخيـر طبقـا للرأى الغالب اذا لـم يكـن قد قبض الثمـن للمبيـع من المسترد منه أن يطالب المسترد مباشرة بهذا الثمن أى أنـــه تكـون لـه دعوى مباشرة قبل المسترد لأن هذا لايعتبـر خلفا خاصـــا للمسترد منـه وتصبح العلاقه مباشرة بينه وبين البائـع • ويكون البائـــع ملزما بالضمـان قبل المسترد لاقبـل المسترد منـه اذا كـان عقـد البيـــع يلزمـه بالضمـان •

---

(١) راجع كولان وكابيتان الطبعة الثامنه ج٢ ص٥٦٧ بنده ٦٢٥ •

كما لو كان البائع دائنا ظاهرا أو وارثا ظاهرا ثم طالب الدائن أو الوارث الحقيقي بالحق المتنازع فيه بعد التنازل عنه وحصول الاسترداد.

(ج) في العلاقة ما بين البائع والمسترد منه :

يجوز للأخير اذا لم يكن قد دفع الثمن أن يدخل البائع في دعوى الاسترداد وأن يطلب في مواجهته تقرير براءة ذمته من الثمن وانتقال الالتزام به الى ذمة المسترد . فان لم يدخله في الدعوى بقي البائع دائنا للمسترد منه بالثمن المتفق عليه وجاز له مطالبته به دون المسترد .

خامسا : الحالات الاستثنائية التي لايجوز فيها الاسترداد :

لامحل للاسترداد اذا انتفت شبهة المضاربه (١) ولهذا نصت المادة ٤٧٠ مدني على أربع حالات لايكون فيها للمتنازل ضده حق استرداد الحق المتنازع فيه وهذه الحالات هي :-

أولا : اذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة أموال

(١) راجع تفاصيل ذلك د / البدراوي ، الوجيز عام ١٩٩٠ ص ٤٣٢ بند ٣٠١ .

بيعت جزافا بثمن واحد كما فى بيع النصيب فى التركه والحكمه من ذلك أن الحق المتنازع فيه يفقد ذاتيته فى هذه الحالة وتنعدم لدى المشترى فكرة المضاربة .

ثانيا : اذا كان الحق المتنازع فيه شائعا بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر ففى هذه الحالة لايكون هناك محل للاسترداد والحكمه فى هذا أنه يغلب أن يكون الدفع الى الشراء هو الاشتراك فى الميراث أو فى الشيوع لا المضاربه على أنه يلاحظ فى هذا الصدد أن البيع المانع من الاسترداد هو البيع الحاصل لشريك أما اذا صدر لأجنبى عن الشركاء كان للمتنازل ضده خيار الاسترداد .

ثالثا : اذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للدين المستحق فى ذمته . والفرض هنا أن الدائن قبل أن يحل محل مدينه فى حق متنازع فيه لهذا المدين فى ذمة الغير . وذلك فى مقابل لبرائه من دينه . فنحن هنا بصدد وفاء بمقابل والمقابل هو حق متنازع فيه للمدين وهنا تنتفى فكرة المضاربة .

رابعا : اذا كان الحق المتنازع فيه يمثل عقارا وبيع الحق لحائز

العقار • والفرض هنا أن شخصا اكتسب ملكية عقار مرهون وتفاديا لنزع ملكيته فانه اشترى الحق المتنازع فيه المضمون بهذا الرأى ليخلص العقار من الرهن •

ففى هذه الحالة لايجوز للمدين أن يتخلص من الدين باسترداده عن طريق دفع الثمن والمصاريف والفوائد .

وواضح هنا أن غرض الحائز ليس مجرد المضاربة وانما كان غرضه أن يتفادى رجوع الدائن المرتهن عليه •

الفصل الرابع

بيع التركه

Vent d'heredite

١ - تعريف بيع التركه:

قبل الدخول فى تعريف بيع التركة لابد من بيان المقصود بهذا البيع فيقصد بهذا البيع أن يقوم الوارث ببيع نصيبه فى التركه جزافا أى بيعه جميع ما تلقاه من المورث من الحقوق اجمالا وبدون تفصيل (١) فبيع التركه هو عقد بيع اجمالى (٢) يبيع فيه الوارث أو الموصى له نصيبه كله أو بعضه مقابل ثمن نقدى يقدر جملة واحدة .

واذا كان البيع وارث الى وارث آخر فان العقد يكون تخارجا بين الوارثين . وبيع التركه أعم من التخارج (٣) فهو لايشمل التخارج ويشمل غيره .

---

(١) راجع د/ البدراوى ، الوجيز عام ١٩٩٠ ص٤٣٣ بند ٣٠٢ .

(٢) راجع د/ سمير تناغو ، المرجع السابق ص٤٠٤ بند ٩٦.

(٣) راجع نص الماده ٤٨ من القانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بخصوص التخارج هو تصالح الورثه على اخراج بعضهم من الميراث على شئ معلوم " كتابنا المشاكل العمليه فى قانونى المواريث والوصية عام ١٩٩٠ ص١١٢ " .

وبيع التركه لايتم الا بعد وفاة المورث وثبوت الحق فى الميراث ٠ أما قبل وفاة المورث فان البيع يكون باطلا باعتباره تصرفا في تركة انسان على قيد الحياة (١)٠

وبيع التركه هو الذى يقع على كل نصيب الوارث فى التركه أو على بعض نصيبه فيها دون تحديد ٠

أما اذا حدد الوارث المال الذى يبيعه فان هذا العقد يعتبر بيعا لتركه ولو كان هذا المال هو كل ما آل الى الوارث بالميراث ٠

وكون البيع يرد على تركة أو على نصيب في هذه التركه دون تحديد للأعيان محل البيع هو مايجعلة بيعا احتماليا جزافيا ٠ ويبرر بالتالى الأحكام الخاصة التى نص عليها المشرع بشأنه ٠ ولايمنع اعتبار العقد بيعا لتركه أن يرد فيه ذكر بعض الأعيان التى توجد فى هذه التركه طالما أن هذه الأعيان ليست هى كل الشئ المبيع ٠

ونظرا لأنه لاتركه الا بعد سداد الديون فان بيع التركه يرد على الحقوق التى تظل فيها بعد سداد ماعليها من ديون ٠فـع تنتقل للمشترى ملكية شئ قبل سداد ديون التركه (٢)٠

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٦٧/١١/٢١ مجموعة المكتب الفنى السنة١٨ ص١٧٣٦٠

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٦٢/٦/١٧ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٢ص٧٧٤ حيث نشرت محكمة النقض قاعدة " لاتركه الا بعد سداد الديون" ان تركة المدين تنتقل بمجرد الوفاه بحق عينى لدائنى المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها تحت يد أى وارث أو من يكون الوارث قد تصرف اليهم مادام أن الدين قائم دون أن يكون لهذا الوارث الدفع بانقسام الدين على الورثه "٠

٢ ـ كيف يتم هذا البيع :

بمطالعة نص الماده ٤٧٤ مدنى نجد أنها نصت على أنه " اذا بيعت تركه فلا يسرى البيع فى حق الغير الا اذا استوفى المشترى الاجراءات الواجبه لنقل كل حق اشتملت عليه التركه • فاذا نص القانون على اجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين وجب أيضا أن تستوفى هذه الاجراءات ".

وبيع التركه عقد يتم بمجرد التراضى • ومع أنه مجموعة من الأموال الا أن المشرع استوجب اتخاذ كل الاجراءات اللازمه لنقل كل حق من مشتملات التركه سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبه للغير •

وبناء على ذلك اذا اشتملت التركه على حقوق عينيه عقارية أصلية كان من الواجب تسجيل عقد البيع حتى تنتقل الملكيه الى المشترى فيما بين المتعاقدين وبالنسبه للغير • وقد سبق أن رأينا أن قانون الشهر العقارى لايجيز شهر تصرف الوارث الا بعد شهر حق الارث • وهذا الحكم ينطبق ليس فقط فى حالة بيع حق عينى عقارى بالذات بل وفى حالة بيع الاستحقاق فى التركه أيضا •

أما بالنسبه للمنقولات المادية فان الملكية تنتقل فيها بمجرد التعاقد واذا اشتملت التركه على حقوق شخصية وجب حتى يكون البيع نافذا فى حق

الغير وعلى الخصوص المدينين بها أن يعلن هؤلاء بالبيع أو يقبلوه . فان كان نفاذه قبل الغير بقبول المدين وجب أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ (١).

٣ ـ حكم بيع التركه :

يترتب على بيع الوارث نصيبه فى التركه حلول المشترى محله فى حقوقه فى التركه بعد وفاء ما عليها من ديون . ويترتب هذا الحلول فى حق المتعاقدين وفى حق غيرهما بعد استيفاء الاجراءات اللازمه لذلك حيث يستوجبها القانون . لكن ليس معنى هذا أن المشترى يكتسب بالشراء صفة الوارث لأنها صفة ملازمة لشخص الوارث لاحقة به . ولهذا لايدخل فى البيع الحقوق الشخصية المحضه المرتبطه بذات الوارث .

ويلاحظ أن القانون فى الماده ٨٨٣ مدنى يعطى لسائر الورثه الحق فى استرداد الحصة المبيعه فى التركه لأجنبى فنصت على أن :ـ

١ ـ " للشريك فى المنقول الشائع أو فى المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى بطريق الممارسه وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ اعلانه به . ويتم الاسترداد باعلان يوجه الى كل من البائع والمشترى

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص٤٣٥ .

ويحل المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته اذا هو عوضه عن كل ما أنفقه ".

٢ - واذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته (١).

٤ - آثار بيع التركه :

وضع المشرع عدة نصوص حدد بها التزامات البائع والمشترى فى بيع التركه وفيما عدا ذلك فان بيع التركه يخضع للقواعد العامه فى عقد البيع . وسوف نعرض فيما يلى لالتزامات البائع ثم نتبعها بالتزامات المشترى.

(أ) : التزامات البائع :

يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع والتسليم والضمان .

١ - التزامه بنقل ملكية المبيع :

التزام البائع بنقل ملكية المبيع يتوقف على طبيعة (٢) كل حق من حقوق التركه .فاذا كان البيع شاملا لكل حقوق التركه أو بعضها الا أن انتقال ملكية كل حق من هذه الحقوق يتم بالطريقة التى رسمها القانون لنقل ملكية كل حق على حده . وفى هذا تنص الماده ٤٧٤ مدنى على أنه

---

(١) راجع د/ البدراوى الحقوق العينيه الأصليه بند ١٣٨ وما بعده (استرداد الحصة الشائعه).

(٢) راجع د/سمير تناغو ، المرجع السابق ص٤٠٧ .

" اذا بيعت تركه فلا يسرى البيع فى حقوق الغير الا اذا استوفى المشترى الاجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركه • فاذا نص القانون على اجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين • وجب أيضا أن تستوفى هذه الاجراءات ".

وطبقا لهذا النص فان المنقولات المعينة بالذات تنتقل ملكيتها بمجرد العقد واذا وجدت منقولات معينه بالنوع فى التركه فانها تعتبر معينه بالذات لأن بيع التركه هو بيع جزاف تنتقل به ملكية المنقولات المادية كلها بمجرد العقد • أما الحقوق الشخصية فان بيعها يكون حوالة لها فتنتقل بين المتعاقدين بمجرد العقد • أما بالنسبة للغير فلا يحتج بهذا الانتقال عليه الا بقبول الحوالة أو اعلانه بها ولا يحتج بذلك على غير المدين الا باعلان المدين أو بقبوله الثابت التاريخ (م٣٠٥ مدنى).

أما الحقوق العقارية فان الملكية فيها لاتنتقل فيما بين المتعاقدين أو بالنسبه للغير الا بالتسجيل (١).

ومحل التزام البائع بنقل الملكية هو كل التركه أو نصفها أو ثلثها بحسبماينص عليه الاتفاق •

---

(١) راجع د/السنهورى ،الوسيط ج٤ فقرة ١٣١ حيث يقول " ولاحاجة فى ذلك للتسجيل حتى ولو اشتملت الحصه المبيعه على عقار ولكن لاتنتقل ملكية عقار بالذات الى المشترى حتى فيما بين الطرفين الا بالتسجيل "عكس ذلك د/اسماعيل غانم ،المرجع السابق فقرة٢١٤.

وتتحدد التركه بحسب حالتها وقت وفاة المورث وليس وقت ابرام العقد ولو كان البائع قد استولى لنفسه على شيء من أموال التركه في الفتره ما بين الوفاه والبيع فانه يكون ملتزما بنقل ملكية هذا الشيء الى المشترى مع سائر حقوق التركه وهذا ماتنص عليه الماده ٤٧٥ مدنى

٢ ـ التزامه بالتسليم :

نظرا لأن التسليم متفرع عن الالتزام بنقل الملكية فان البائع يلتزم بتسليم التركه للمشترى ليس بالحالة التى كانت عليها وقت العقد طبقا للقواعد العامه فى عقد البيع (١) ولكن بالحالة التى كانت عليها وقت الوفاه ٠

وحيث أن البيع يقع على كل مشتملات نصيب الوارث دون تفصيل فانه يشمل كل ما آل الى الوارث من التركه ولو كان قد سبق أن تصرف فيه وذلك ما لم يتضمن العقد مايخالف ذلك ٠

ولكن مالحكم اذا كان الوارث قد وهب مالا من أموال التركه أو نزل عن دين لها فى ذمة الغير بدون مقابل ؟

الراجح فقها (٢) أن البائع يلتزم برد قيمة ما وهب أو تنازل عنه ٠

---

(١) راجع د/ سمير تناغو ، المرجع السابق ص٤٠٨ ،د/اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ٢١٤ ٠

(٢) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص٤٣٨ ٠

٣ ـ التزامه بالضمان :

للضمان فى بيع التركه حكم خاص (١) ويبرر هذا أن هذا النوع من البيوع ينطوى على المضاربه والغرر • ولذلك جاء نص الماده ٣٧٣ مدنى أن " من باع تركه دون أن يفصل مشتملاتها لايضمن الا ثبوت وراثته ما لم يتفق على غير ذلك "•

يتضح من هذا النص أن البائع لايضمن الا أمور ثلاثة هى :ـ وجود التركه ـ ثبوت صفة الوارث ـ النصيب المحدد فى العقد النصف أو الربع أو الثلث • ومن ثم فهو لايضمن وجود حق معين فيها ولا يسار المدينين بديون التركه ولا استحقاق عقار أو منقول معين • ذلك أن البيع حصل دون بيان مشتملات التركه أى بيعا جزافيا • ويضمن البائع فضلا عن فعله الشخصى عدم التعرض للمشترى بعد البيع • وهو ضامن أيضا الاستحقاق الذى قد يقع بناء على حق رتبه هو للغير قبل أن يكون البيع نافذا فى مواجهة الغير كالرهون التى يكون قد قررها أو النزول عن حق من التركه للغير •

ومما هو جدير بالذكر أن الأحكام السابقه هو أحكام الضمان القانونى ويجوز تعديلها بالاتفاق تخفيفا أو تشديدا أو اسقاطا (٢).

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص٤٣٩ •

(٢) جاء فى المذكرة الايضاحية " هذا البيع ينطوى على شىء من الاحتمال والمقامره فالبائع لايضمن الا ثبوت وراثته • أما ما يشتمل عليه نصيبه فى الميراث من حقوق وديون فلا يضمن منها شىء (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٢٠٨)•

(ب) التزامـــات المشـــترى :

الالتزام الأساسى على عاتق المشترى هو دفع ثمـن المبيـع • ونظـــرا لأن هذا الثمـن يقابل التركه وأنه لاتركه الا بعـد سداد الديـون فـــان كـل ديـن على التركـه يستوفى منهـا قبل أن يؤول أى حـق للمشترى •

فاذا تصورنا أن البائع نفسـه (١) كان دائنا للتركه ثـم انقضـــى هـذا الديـن بالميراث بسبب اتحـاد الذمـة • فان هذا الدين يعود مـرة آخـرى للوجود بالتصـرف فى التركـــه الى شخـص آخـر ، لأن اتحـــاد الذمـة ليس سببا مـن أسباب انقضاء الالتزام • وانما هو مانع فقط مـــن موانع المطالبـه بـه • فاذا عاد حـق الوارث قبل التركه فان المشتـــــرى يكون مسئولا عن هـذا الحـق فى مواجهـة الوارث ويدفـع له حقـــــه بالاضافـة الى ثمـن البيع • ويصدق نفـس الحكم أيضا اذا قـام الوارث وهو البائع بدفع بعض ديـون التركه للغير ، فانه يستردها مـن المشترى ـ

وهذا مـا لـم يوجـد اتفاق على غير ذلك وقد ورد هذا الحكـــم تفصيلا فى نـص الماده ٤٧٦ مدنى •

ويلاحظ أن الأحكام السابقة لاتتعلق بالنظام ويجوز الخروج عليهـا •

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص٤٣٨،د/سليمان مرقس ،المرجـع السابق ص٥٥٢ ،د/سمير تناغو ، المرجع السابق ص٤٠٩،د/خميـــس خضر ، المرجع السابق ص٣٣٣ ،د/ محمد على عمران ، المرجــــع السابق ص٣٤٦ بند ١٩٠ •

الفصل الخامس

البيع فى مرض الموت

تمهيد :

نظرا لتغيير الحالة الاقتصادية من عصر الى آخر وتقلب الأسعار بالزيادة الهائلة . فقد يعمد البعض عندما يشتد عليه المرض أن يتصرف فى بعض أو كل أملاكه تصرفا يتضرر منه ورثته . فحق الورثة يتعلق بالمال منذ وقت اشتداد هذا المرض وليس منذ الوفاه(١) وازاء وضع حد لهذا الاستغلال فقد تدخل التشريع الاسلامى والقانون الوضعى لوضع قواعد تحكم هذه التصرفات فى مرض الموت . ونظرا لأن الفقه الاسلامى أسبق من القانون الوضعى فى تنظيم هذه التصرفات فقد فضلنا عرض هذه الأحكام التفصيلية فى مبحثين . نتناول فى المبحث الأول حكم بيع المريض مرض الموت فى الفقه الاسلامى ونخصص المبحث الثانى لحكم هذا البيع فى القانون الوضعى .

---

(١) راجع فى الفقه المصرى :د/احمد نجيب الهلالى وحامد ذكى فقرة ٢٠٦ ،د/أنور سلطان فقرة ٤٧٧ ،د/محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٨، د/البدراوى فقرة ٤١٨ ـ

المبحـــث الأول

حكـم الشريعـــة الاسلامية فى تصرف المريض مرض الموت

(أ) مفهوم مرض الموت فى الفقه الاسلامى :

لقد اختلفت أراء فقهـاء الشريعـــة الغـراء فى تعريف مرت المـــــوت فقـد ذهـب البعـض (١) الى القول بأن المريض يعتبر فى مرض المـــوت اذا كـان لايخـرج لحوائج نفسـه • وقـد ورد فـى المختـار للفتوى أنــــه اذا كـان الغالب منه الموت كان مرض الموت سواء كان صاحب فـــراش أم لـم يكـن كـذا فى المضمرات • وقـد نصت المادة ١٥٩٥ من مجلــــة الأحكـام العدليه (٢) " مرض الموت هو الذى يغلب فيه خوف المـــوت ويعجـز معـه المريض عن رؤيـة مصالحـه خارجا عن داره ان كـان مــن الذكـور وعـن رؤيـة مصالحـة داخـل داره ان كان من الاناث ، ويمـــوت علـى ذلك الحـال قبل مـرور سنـة ، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن • وان امتد مرضـه ومضت عليه سنه وهو على حاله واحـدة كـان فـــــى حكـمالصحيح ، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح مالم يشتد مرضـه ويتغيـــر حاله • ولكن لو اشتـد مرضـه وتغيـر حاله ومـات قبـل مضى سنـــه يعـد حال اعتبارا من وقت التغير الى الوفاه مرض الموت " •

(١) راجع الفتاوى الهندية ٤ ص١٧٦•

(٢) تعتبر هذه المجلة تقنينا للمذهب الحنفى وهى نصوص مرشد الحيـــران فى المواد ٣٥٨ ، ٣٥٩•

وأرجح ما قيل فى شأن تعريف مرض الموت (١) أنه المرض الذى يكون المريض به عاجزا عن القيام بمصالحه وقضاء حاجاته خارج المنزل ان كان رجلا وداخل المنزل ان كان امرأة ويغلب فيه الهلاك ويتصل به الموت ولو بسبب آخر غير المرض سواء ألزمه الفراش أم لم يلزمه ".

ويتضح مما تقدم أن هناك شروطا ثلاثة ليكون المرض مرض موت :-

١ - أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه .

٢ - أن يغلب فيه الموت .

٣ - أن ينتهى بالموت فعلا .

وسنتولى تفصيلا شرح هذه الشروط الثلاثة مجتمعة .

أولا : أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه :

يجب أن يجعل المرض المريض عاجزا عن قضاء مصالحه العادية المألوفه التى يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها ، مثل الذهاب الى السوق لقضاء المصالح ، وممارسة أعمال المهنة اذا كان المريض من الاناث .ولايشترط أن يلزم المريض الفراش ليكون المرض مرض موت . وقد استقر قضاء النقض (٢) على أنه " لايشترط فى مرض الموت لزوم صاحبه الفراش على وجه الاستمرار والاستقرار بل يكفى أن يلازمه وقت اشتداد العله به

---

(١) راجع الشيخ /عمر عبد الله أحكام الشريعة الاسلاميه فى الاحوال الشخصية ١٩٥٦ ص٣٤١.

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٦٤/١/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ص٣٩٦.

كما لايشترط فيه على أن يؤثر على سلامة ادراك المريض أو ينقص من أهليته للتصرف "٠

ومن ثم فان ذهاب المورث الى المحكمة واقراره بصحة توقيعنه على العقود المطعون عليها لايمتنع معه اعتبار مرضه مرض موت متى كان شديدا يغلب فيه الهلاك وانتهى فعلا بموته ٠ ولاتعتبر الشيخوخه التى تجعل الشخص غير قادر على مباشرة الأعمال المألوفه مرض موت ٠ فهى تعتبر مرحله من مراحل الطبيعية ٠ واذا كان الشخص محترفا لعمل شاق لايستطيع مباشرته الا بكامل قواه وقد أصابه مرض يعجزه عن مباشرة المألوف من الأعمال بين الناس فلا يكون فى هذه الحالة مرض موت (١) ٠

ثانيا : أن يغلب فى المرض خوف الموت :ـ

يشترط حتى يعتبر المرض مرض موت أن يكون المرض خطيرا مما ينتهى عادة بالموت ٠ أو يكون بسيطا ثم يتطور حتى تصبح حالة المريض سيئة يخشى عليه فيها الموت ٠ أما اذا المرض لم يصل الى هذا الحد من الخطورة فانه لايعتبر مرض موت ولو أعجز المريض عن قضاء مصالحه ٠ كأن يصاب الانسان برمد

---

(١) راجع د/ السنهورى ، الوسيط ج٤ طبعة ١٩٨٦ نادى القضاه ص٤٠٠ بند ١٧٨٠

فى عينه فيعجزه عن الرؤية أو يصاب فى قدمه فيعجز عن المشى فلا يستطيع قضاء مصالحه فهنا لايعتبر المرض مرض موت وتصرفاته تكون تصرفات الأصحاء .

ثالثا : أن ينتهى المرض بالموت فعلا :

يجب أخيرا أن ينتهى المرض بالموت فعلا . فاذا أصيب شخص بمرض أعجزه عن قضاء مصالحه وغلب فيه خوف الموت ولكنه مع ذلك برىء منه وكان قد تصرف فى ماله أثناء المرض كان حكم تصرفه حكم تصرف الأصحاء فلا يجوز الطعن فيه من الورثه . ولكن أجاز بعض الفقهاء (١) لمن صدر منه التصرف نفسه أن يطعن فى تصرفه بالغلط فى الباعث بأن يثبت أنه انما تصرف وهو معتقد أنه فى مرض الموت ولو اعتقد أنه سيشفى ما كان ليتصرف . ففى هذه الحالة يكون التصرف قابلا للابطال للغلط ويجوز للمتصرف أن يبطله لهذا العيب . وقد يطول المرض بأن يكون من الأمراض المزمنه كالشلل والسل ثم ينتهى بالموت ولكن بعد مدة طويلة .

والقاعدة فى هذه الأمراض المزمنه أنها لاتعتبر للوهلة الأولى مرض موت اذا طالت دون أن تشتد ، بحيث يطمئن المريض الى أن المرض

---

(١) راجع د/ احمد نجيب هلالى ،د/حامد ذكى فقرة ٢٠٨ .

قد وقف سيره ولم يعد هناك منه خطر واهم . وهذا حتى لو كان المرض قد أفقد المريض عن قضاء مصالحه وألزمه الفراش ، ما دام لم يعد يغلب فيه خطر الموت العاجل . لكن اذا اشتد المرض بعد ذلك وساءت حالة المريض حتى أصبحت تنذر بدنو الأجل واستمر المرض في الاشداد حتى انتهى بالموت فعلا فانه يعتبر مرض موت من الوقت الذى اشتد فيه (١) وقد ذهب رأى فى الفقه الاسلامى (٢) أخذت به مجلة الآحكام العدلية " يقدر المدة التى يطول فيها المرض المزمن سنة دون أن يشتد لم يعتبر مرض موت . واذا اشتد المرض بعد ذلك حتى انتهى بالموت بالفعل قبل انقضاء سنة من اشتداده اعتبر فى هذه الفترة مرض موت ".

فهذه الشروط الثلاثة سالفة الذكر تعتبر علامات مجتمعه بل تعتبر أمور موضوعية من شأنها أن تقيم فى نفس المريض حالة نفسية هى أنه مشرف على الموت . ولما كان الفقه الاسلامى يقف عند الضوابط الموضوعيه ويستدل بها على الأمور الذاتية فانه يكتفى بهذه العلامات الماديه ليستخلص منها أن المريض وهو يتصرف كانت تقوم به حالة نفسيه هى أنه يشعر بدنو أجله . فيفترض في تصرفه انما يوصى أى يأخذ حكم الوصية ولاحاجة بعد ذلك الى الدخول فى طيات النفس فهذا

---

(١) راجع د/ السنهورى ، المرجع السابق ص٤٠١.
(٢) راجع الآستاذ/ سليم باز التعليق على الماده ١٥٩٥ مجلة الآحكام العدليه ص٨٨٨.

بحث عسير ومتعذر • ويكفى أن تقوم هذه العلامات المادية أمارات على حالته النفسية فقط •

(ب) سبب تقييد التصرف فى مرض الموت :

لايرجع سبب تقييد تصرف المريض الى أهلية المريض ولا الى عيب فى ارادته • والمريض مرض الموت لايفقد ولاينتقص هذه الأهلية مادام حيا حافظا لقواه العقليه فانه يبقى متمتعا بأهليته الكامله الى آخر لحظه من حياته • ولو وقع أن المرض أفقده التمييز فان التصرف الذى يصدر منه وهو فى هذه الحالة يكون باطلا لانعدام التمييز(١). ولا يقتصر الأمر فيه على أن يكون تصرفا غير نافذ فى حق الورثة لصدوره فى مرض الموت • ويرجع تقييد التصرف فى مرض الموت الى تعلق حق الورثه بأموال المريض من وقت المرض •

فالقاعدة فى الفقه الاسلامى أن حق الورثة يتعلق بأموال مورثهم لامن وقت موته فقط بل من وقت المرض الذى يموت فيه • فاذا صدر منه تصرفات تنطوى على تبرع منذ هذا المرض فان هذه التصرفات تأخذ حكم الوصية • ذلك أن المريض وهو على شفا الموت اذا تبرع بماله فانما يقصد أن ينقل هذا المال الى غيره بعد موته لا فى المده المحددة القصيرة التى تقدر له الحياة فيها •ولايستطيع انسان

---

(١) راجع د/السنهورى ، المرجع السابق ص٤٠٩ بند ١٨١ •

أن ينقل ماله بعد موته بتصرف ارادى الا اذا كان عن طريق الوصيه ولكن أيضا بقيود سنعرضها فيما بعد • وقد اختلف فقهاء الشريعة الغراء فى تكييف حق الورثة الذى يتعلق بأموال مورثهم وقت مرض الموت فذهب بعضهم (١) الى أنه حق ملكية كامل يثبت بمجرد المرض• بينما ذهب البعض الآخر الى أن حق الملكية انما يكون عند الموت ولكنه يستند الى وقت بدء المرض • وذهب فريق (٢) ثالث الى أن حق الورثة وقت المرض ليس حق ملكية بل هو حق خلافه أو ارث • وأيا كانت طبيعة حق الورثة فانه يقيد من تصرف المريض على النحو السالف بيانه ومما هو جدير بالاشارة اليه هنا أن هذا التقييد لايسرى الا فى حق من تجرى فى ميراثه أحكام الشريعة الاسلامية وهؤلاء هم كل المصريين مسلمين كانوا أو غير مسلمين • أما الأجنبى الذى لاتجرى فى ميراثه أحكام الشريعة الاسلامية فلا يسرى هذا التقييد فى حقه •

وقد أشارت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى" أن المشروع لم يميز كما ميز التقنين المدنى المختلط فى تطبيق أحكام بيع المريض مرض الموت بين شخص يحكم فى أهليته بمقتضى الشريعة وآخر يحكم

(١) راجع د/ السنهورى ، الوسيط ، ج٤ طبعة نادى القضاه ١٩٨٦ص٤١٤ وما بعدها •

(٢) عكس ذلك الاستئناف المختلط ١٩٢٢/٣/٢٥ " أحكام بيع المريض مرض الموت تسرى ولو كان البائع أجنبيا " •

فى أهليته بغير الشريعة لأن تقييد تصرفات المريض مرض الموت لايرجع الى نقص أهليته بغير الشريعة لأن تقييد هذه التصرفات لايرجع الى نقص الأهلية بل هو تطبيق لأحكام الوصية وهى أحكام عامة تسرى على الجميع " (١).

(ج) : انتقال أموال التركه الى الورثة في الفقه الاسلامي :

من المعلوم سلفا فى الفقه الاسلامى أن دين المتوفى يتعلق بمال يتركه فتصبح من ثم تركته هى المسئولة عن سداد هذه الديون .

وقد اختلف فقهاء الشريعة الغراء فى تحديد وقت انتقال التركه فذهب المالكية الى أن تبقى أموال التركه على ملك الميت بعد موته الى أن يسدد الدين مستغرقا للتركه أو لم يكن كذلك . وعند الشافعيَّة والحنابلة تنتقل أموال التركه الى ملك الورثة فورا بموت المورث مع تعلق الدين بها سواء كان الدين مستغرقا للتركه أو غير مستغرق لها وفى المذهب الحنبلى قول يدهب الى بقاء التركه ملك الميت الى أن يسدد الدين وهو يتفق مع قول المذهب المالكى .

---

(١) راجع د/البدراوى ، الوجيز عام ١٩٩٠ ص٤٤٦ . ، د/سليمان مرقس ، المرجع السابق " تفصيل التنازع الداخلى والتنازع الدولى للقوانين " ، ص٥٦٧ .

وعنـد الحنفيـة يجـب التفرقـه بين أمرين : الأمـر الأول : اذا كان الديـن مستغرقا للتركـه فان أموال الميـت تبقـى على ملكـه ولا تنتقـل الـى ملـك الورثـة أمـا اذا كـان الديـن غيـر مستغرق للتركـه فان أموال التركـه تنتقـل الى الورثـة بمجـرد مـوت المـورث مـع تعلـق الديـن بهـذه الأموال ·

وهنـاك نتائـج تتوقـف على تحـديد وقـت هـذا الانتقـال نعـرض لأهمهـا فيمـا يلـى :ـ

أولا : أن نمـاء أعيان التركـه بالزيـاده المتولـده عنهـا سواء كانـت متصله أو منفصلـة كالثمـرة والولـد والريـع والسمـن · اذا قلنـا ببقـاء التركـه على ملك الميـت فيقضـى من هذا النمـاء ديونـه وتنفـذ وصاياه ·
واذا قلنـا بأن الملكية تنتقـل الى الورثـة بمجـرد موت المـورث فان هذا النماء يكون ملكا للورثـة فلا تقضى منـه ديون الميـت ولاتنفـذ منه وصاياه ·

ثانيا : نفقات أعيـان التركه كنفقـة الحفـظ والصيانـه تكـون علـى التركـه اذا بقيـت على ملك المتوفـي · أمـا اذا انتقلـت الى الورثـة بمجـرد مـوت المورث فـان هـذه النفقـات تكـون علـى الورثـة حـتى اذا بيعـت أعيـان التركـه فـى ديـون

الميت لم يكن للورثة الرجوع بما أنفقوا ويكون عليهم أن يتخلصوا من هذه النفقات بالمبادرة إلى بيع الأعيان لسداد الديون . وكما أن لهم نماء الأعيان يكون عليهم نفقتها (١).

---

(١) راجع فى تفاصيل عرض هذه النتائج د/ السنهورى ، الوسيط ج ٤ طبعة نادى القضاه عام ١٩٨٦ ص ٤٢٨ بند ١٩٠ .

المبحث الثانى

حكم تصرف المريض مرض الموت فى التقنين المدنى الجديد

١ ـ التنظيم التشريعى :

تنص الماده ٤٧٧ على أنه :ـ

١ ـ اذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغيره بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فان البيع يسرى فى حق الورثه اذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لاتجاوز ثلث التركه داخلا فيها المبيع ذاته .

٢ ـ أما اذا كانت هذه الزيادة تجاوز الثلث فان البيع فيما يجاوز الثلث لايسرى فى حق الورثه الا اذا أقروه أو رد المشترى للتركه ما يفى بتكملة الثلثين .

٣ ـ ويسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام الماده ٩١٦ مدنى .

ثم جاء نص الماده ٤٧٨ مدنى على أنه " لاتسرى أحكام المادة السابقة اضرار بالغير حسن النية اذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على العين المبيعة ".

٢ – المقصود بمرض الموت فى ظل أحكام هذا التقنين الوضعى :

لم يتعرض المشرع فى هذا التقنين الجديد لبيان المقصود بمرض الموت ومن ثم كان لأحكام الشريعة الغراء السبق المعلى فى هذا الشأن ٠

وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على أنه " من الضوابط المقررة فى تحديد مرض الموت وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر المريض فيه بدنو أجله وينتهى بوفاته فاذا استطال عليه المرض لأكثر من سنة فلا يعتبر المرض مرض موت مهما يكن من خطورة هذا المرض واحتمال عدم برء صاحبه منه وتكون تصرفاته صحيحة فى هذه الفتره ٠ ولاتعد حالته من حالات مرض الموت الا فى فترة تزايدها واشتداد وطأتها اذ العبرة بفترة الشدة التى تعقبها الوفاة " (١).

وقد سبق أن أسلفنا الشروط الثلاثة التى يجب توافرها حتى نكون بصدد واقعة مرض موت ٠

٣ – اثبات مرض الموت :

يعتبر مرض الموت واقعة مادية (٢) يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٥٥/٤/٢١ ، مجموعة أحكام النقض السنة ٦ ص١٠٢٠ قاعدة ١٣٢ ٠

(٢) راجع د/ السنهورى ، المرجع السابق ص٤٠٦ بند ١٧٩٠

القانونية ومنها البينة والقرائن • وأكثر ما يثبت هذا المرض بالشهادة الطبية الدالة على حاله •

فقد استقر قضاء محكمة النقض فى أحد أحكامها على أنه " مادامت محكمة الموضوع قد استخلصت من التحقيقات التى أجريت فى الدعوى ومن الشهادتين الطبيتين المقدمتين فيها عن مرض الموت أنه كان مريضا بمرض السل الرئوى وأن هذا المرض اشتد عليه وقت تحرير العقد المطعون عليه ثم فندت الطعون الموجهة الى الشهاده المقدمه من الصادر له العقد فانها تكون قد أوردت فى حكمها من الأسباب ما يكفى لحمل قضائها "•

كذلك يمكن الاثبات بشهادة الشهود وذلك ينقص حياة المريض فى أيامه الأخيرة • ويقع على عاتق الورثة الذين يطعنون فى تصرف مورثهم بأنه صدر فى مرض الموت • ولما كان الورثة يعتبرون خلفا لمورثهم وليسوا من الغير من حيث ثبوت التاريخ فان تاريخ التصرف العرفى يكون حجة عليهم كما هو حجة على مورثهم •

فاذا كان التصرف مؤرخا تاريخا عرفيا فى وقت ثبت أن المورث لم يكن فيه مريضا كان هذا التاريخ العرفى حجة عليهم • ولكن لهم أن يثبتوا أن هذا التاريخ قد قدم عمدا لاخفاء أن التصرف قد صدر فى موض الموت وأن التاريخ الذى صدر فيه التصرف متأخر

عـن التاريخ الصـورى المذكور فى التصرف ويقـع فى وقـت كان فيه المـورث فى مرض الموت • فاذا أثبتوا ذلك ولهم هـذا الاثبات بكافة الطرق لأنهـم يثبتون غشا وواقعـة مادية أصبحوا من الـغير من حيث سريان التصرف •

وقد أخـذ المشرع بذلك فى الماده ٢/٩١٦ مدنى التـى قـررت " على ورثـة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى الصـادر من مورثهـم وهو فى مرض الموت ولهم اثبـات ذلك بجميع الطرق ولايحتج علـى الورثـة بتاريخ السند اذا لم يكن هـذا التاريخ ثابتا "•

٤ ـ الحكم العام فى تصرفات المريض فى مرض الموت فى التقنين المدنى :

ورد النص على هذا الحكم العـام فى الماده ٩١٦ مدنى الـتى جاء نصهـا :

١ ـ كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصـودا به التبرع يعتبر مضافا الى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصيـة أيـا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصـرف •

٢ ـ وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صـدر مـن مورثهـم وهو فى مرض الموت ولهـم اثبـات ذلك بجميع طـرق الاثبـات ولايحتج على الورثه بتاريخ السند اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا •

٣ ـ واذا أثلت الورثة أن التصرف صـدر من مورثهم فـى مرض المـوت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع مالم يثبت من صدر له التصرف عكـس ذلك • كل هذا مالم توجد أحكام خاصة تخالف ذلك "•

يتضح من هذا النص أنه يتضمن قاعدتين (١) الأولى موضوعية واردة فى الفقرة الأولى والثانية قاعدة اثبات فى الفقرة الثالثة ٠

فأما عن القاعدة الموضوعية (٢) فقد أخذ القانون المدنى بما أخذ به فقهاء الشريعه الغراء من اعتبار التبرعات التى تصدر فى مرض الموت فى حكم الوصية وتسرى عليها أحكامها ٠ أى أن تبرع المريض حال مرضه يعتبر وصية ، وبناء على ذلك فان هذا التبرع لاينفذ فى حق الدائنين الا بعد استيفاء ديونهم ، اذ أن وفاء الديون مقدم على نفاذ الوصايا ، ثم انه لاينفذ أيضا فى حق الورثة الا فى حدود الثلث المتبقى من التركه بعد اخراج الديون ٠

فاذا كان التصرف صريحا فى معنى التبرع لم يكن هناك صعوبة ما وتطبق عليه أحكام الوصية ومثال ذلك : الهبه والابراء من الدين ٠

أما اذا كان التصرف ظاهره معارضه ٠ وادعى الورثة أن حقيقته تبرع فكان الأصل أن الورثة اثبات أن التصرف حصل تبرعا ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق ولكن المشرع أعفى الورثه من اثبات أن التصرف حصل تبرعا وهذه هى قاعدة الاثبات التى وردت فى الفقرة الثالثة من الماده ٩١٦ مدنى ٠ فكل التصرفات التى تصدر من المريض مرض

---

(١) راجع د/ خميس خضر ، العقود المدنية الكبيرة ، ١٩٨٩ص٣٢٧٠
(٢) راجع د/ البدراوى ، الوجيز ، عام ١٩٩٠ ص٤٤٠ ـ

الموت تعتبر ابتداء أنها صدرت على سبيل التبرع ، ومن ثم فهي تأخذ حكم الوصية ولو كان ظاهرها معارضة كالبيع والاقرار بالدين ولكن يجوز لمن صدر التصرف لصالحه أن يثبت أن التصرف رغم صدوره فى مرض الموت كان بمقابل . فاذا استطاع اثبات أن التصرف كان بمقابل فانه يأخذ حكم المعاوضات الصادره فى مرض الموت (١) غير أن تطبيق هاتين القاعدتين يوجب أن يكون التصرف قد صدر فى مرض الموت وقد أوجب نص الماده ٢/٩١٦ مدنى على ورثة المتوفى عبء اثبات صدور التصرف فى مرض الموت . ولكن يلاحظ أنه فى كثير من الأحوال ما يكون المريض قد تحايل والمتصرف اليه بتقديم تاريخ التصرف لجعله سابقا على بدء المرض .

فاذا كان التصرف الصادر من المورث محررا عرفيا ذكر فيه تاريخ يسبق بدء المرض فما حجية هذا التاريخ على الورثة ؟

القاعدة أن المحرر العرفى لايكون حجة على الغير الا اذا كان ثابت التاريخ . ولايعتبر الورثة من الغير فى شأن هذا المحرر بالنسبة لتاريخ الورقة المثبته للتصرف الصادر من مورثهم) . ولكن المشرع أعطى لهؤلاء الورثة مكنه من أنهم اذا كان يحتج عليهم بتاريخ الورقة العرفية فانه يجوز لهم اثبات عدم صحة التاريخ المذكور فى

---

(١) راجع د / السنهورى ج٤ طبعة نادى القضاه ١٩٨٦ ص ٤١٣ .

هذه الورقة واثبات أن مورثهم كان مريضا فى مرض الموت فى الوقت الذى تم فيه التصرف • وذلك لأن تغيير التاريخ يعتبر غشا وتحايلا على القانون فيجوز لهم هذا الاثبات بكافة طرق الاثبات القانونية •

٥ – حكم بيع المريض مرض الموت فى التقنين المدنى المصرى :

سبق أن عرضنا للتنظيم التشريعى فى الماده ٤٧٧ مدنى مما لانرى معه داعيا لاعادة ذكر النص ونكتفى بالاحالة اليه منعا للتكرار •

ويتضح من مطالعة هذا النص أنه يحتوى على أربعة فروض مختلفة هى :–

أن البيع فى مرض الموت اما أن يكون بثمن لايقل عن قيمة المبيع أو بثمن يقل بما لايجاوز ثلث التركه أو بثمن يقل بما يجاوز هذا الثلث أو بغير ثمن أصلا [1].

وسوف نعرض فيما يلى لهذه الفروض الأربع على النحو التالى :–

أولا : البيع بما لايقل عن القيمة :

اذا أثبت المشترى أنه دفع ثمنا للمبيع لايقل عن قيمته كان البيع صحيحا نافذا فى حق الورثة دون حاجة الى اجازتهم ، ويستوى فى ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث •

---

(١) راجع د/ أحمد نجيب الهلالى ،د/ حامدذكى فقرة ٢١١ •

والمراد بالوارث في جميع أحكام بيع المريض مرض الموت هو من يكون وارثا وقت موت المورث ولو لم يكن وارثا وقت البيع . أما من كان وارثا وقت البيع وأصبح غير وارث وقت موت المورث فلا يعتبر وارثا فى هذه الأحكام . فلو لم يكن للمورث وقت البيع من الورثة غير بنت وزوجة وأخت ثم رزق بعد البيع مولودا ذكرا ، اعتبر الابن وارثا ولو أنه لم يكن موجودا وقت البيع . ولم تعتبر الأخت وارثة لأنها لاترث وقت الموت وان كانت تعتبر وارثة وقت البيع (١) وتقدر قيمة المبيع لمعرفة نسبة الثمن اليها وقت الموت لا وقت البيع . فلو باع المريض المنزل بألفين جنيه وكانت قيمته وقت البيع معادلة لهذا الثمن ثم أصبحت قيمته وقت الموت بثلاثة ألاف جنيه فان البيع هنا يكون بأقل من القيمة بمقدار ألف جنيه . وهذا على الرغم من أنه كان يمثل القيمة وقت البير . وعلى العكس من ذلك لو كانت قيمة المنزل وقت البيع ثلاثة آلاف جنيه ثم أصبحت بألفين فقط وقت الموت فان البيع يكون يمثل القيمة (١).

ثانيا : البيع بأقل من القيمة بما لايجاوز ثلث التركه :

واذا أثبت المشترى أنه دفع ثمنا للمبيع وأثبت مقدار مادفع وكان هذا المقدار يقل عن قيمة المبيع وقت الموت بما لايجاوز ثلث التركه فان البيع يكون هنا أيضا صحيحا نافذا فى حق الورثة دون حاجة الى

---

(١) راجع د/ السنهورى ، المرجع السابق ص٤١٦ .

اجازتهم ويستوى فى ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث • وتقدر التركة بقيمة أموال المورث وقت الموت وليس وقت البيع كما سبق أن ذكرنا فى الحالة الأولى (١) .

وقد كان البيع بأقل من القيمة بما لايجاوز ثلث التركه فى ظل التقنين المدنى القديم يجرى التمييز فيه بين ما اذا كان البيع لغير وارث فيكون الحكم كما قدمناه • وما اذا كان البيع لوارث فلا ينفذ الا باجازة الورثة (٢) ذلك أن أية محاباه فى الثمن تعتبر تبرعا فتأخذ حكم الوصية ، وكانت الوصية حينئذ لاتجوز لوارث الا باجازة الورثة الى أن صدر قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فهو يجيز الوصية لوارث دون حاجة الى اجازة الورثة (٣) .

ثالثا : البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركه :

اذا لم يستطيع المشترى أن يثبت أنه دفع ثمنا الا مبلغا هو أقل من قيمة المبيع وقت الموت بما يجاوز ثلث قيمة التركه وقت الموت أيضا فان البيع فى هذه الحالة لايكون نافذا فى حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركه الا باجازتهم وهذا هو حكم الوصية أى أن القدر الزائد عن

---

(١) راجع د/ السنهورى ، المرجع السابق ص٤١٧ •

(٢) راجع استئناف مصر ١٩٣١/٢/٢٥ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٧ •

(٣) راجع مؤلفنا المشاكل العملية فى قانونى المواريث والوصية عام ١٩٩٠ ص١٨١ •

الثلث هو المقدار المحابى فيه الذى لاينفذ الا اذا أجازه الورثة . والاجازه هى اقرار لسريان البيع جميعه رغم ما به من محاباه تجاوز ثلث التركه . وقد أوضحت الماده ٣٧ من قانون الوصية شروط هذا الاقرار (١) ويشترط فى الاقرار أن يصدر بعد موت البائع فلا اعتداد بالاقرار الحاصل فى حياته لأن ملك التركه لايثبت للورثة الا بعد الموت . غير أنه يجب أن يتوافر فيمن يصدر عنه الاقرار شرطان :-

الأول : أن يكون من أهل التبرع بأن يكون عاقلا بالغا رشيدا ، لأن الاقرار اسقاط لحق ثابت فى التركه فيكون تبرعا لايملكه الا من يملك التبرع .

الثانى : أن يكون عالما بما يجيزه أى عالما بما خالط البيع من محاباه وقاصدا اقراره . وبناء على ما تقدم فلا تصح اجازة الوارث الصبى أو المجنون أو المحجوز عليه أو المريض مرض الموت .

وقد قضت محكمة النقض فى أحد أحكامها (٢) على أنه " يجب أن يكون المجيز عالما بالعيب راغبا فى تصحيحة ، فاشتراك الوارث فى تحرير محضر جرد التركه واشارته فى المحضر الى التصرف لايكون اجازة الا اذا أراد بذلك الموافقه على التصرف ".

---

(١) راجع مؤلفنا ، المشاكل العملية فى قانونى المواريث والوصية عام ١٩٩٠ ص١٨٢ .

(٢) راجع د / سليمان مرقس ، الوافى فى شرح العقود المسماه عام ١٩٩٠ ص٥٦٦.

واذا أجـاز بعض الورثـة دون البعض الآخر لاتنفـذ الا فى حصص مـن أجاز من الورثــة [١] .

رابعا : التصـرف بغيـر ثمـن أصـلا :

اذا لم يستطع المشـترى أن يثبت أنه دفـع ثمنا ما للمريض ، اعتبـر التصـرف هبه بغير ثمن ويكون لها حكم الوصية لأنها وقت فى مرض الموت . فاذا كانت قيمة العيـن لاتزيد على ثلث التركـه نفـذ التصرف فـى حـق الورثـه دون حاجـة الى اجازتهـم . واذا زادت قيمة العيـن على ثلـث التركـه لم ينفذ التصرف فيما جـاوز الثلث الا باجازة الورثة فان لم يجيـزوا وجـب على المتصرف له أن يرد الى التركـه ماجاوز الثلـث أى أن يـرد اليهـا مـا يفى بتكملـة الثلثيـن . يستوى فى هذا كله أن يكـون التصـرف لوارث أو غير وارث .

حمايـة الغير حسـن النيـة :

رغب المشرع فى حماية الغير الذى تلقى بحسن نيـة حقا عينيا علـى العيـن المبيعـه وكان هذا التلقـى بعوض . فجـاء نص المادة ٤٧٨ مدنـى علـى أنه " لاتسرى أحكام الماده السابقة اضرار بالغير حسن النية اذا كـان هذا الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على العين المبيعـة ".

---

(١) راجـع نقض مدنـى ١٩٣٧/٥/٢٠ ، مجموعـة عمـر ج "٢" رقـم ٥٧ ص١٦٤ .

ومعنى هذا أن المشترى اذا كان قد رتب حقا عينيا بمقابل على العين المبيعه كرهن أو انتفاع أو باع العين أو بعضها وكان مكتسب هذا الحق حسن النية لابعلم بصدور البيع فى مرض الموت فان تطبيق الأحكام السابقة جميعا لايجوز أن يؤثر على حقه الذى كسبه فلا يسقط الرهن أو الانتفاع ولايفسخ البيع الثانى ٠

وحماية الغير حسن النية على النحو السابق تجب سواء كان فى البيع محاباه وزادت على الثلث ولم يقرها الورثه ، أو اعتبر البيع جميعه تبرعا فأصبح غير نافذا فى حق الورثة فيما جاوز ثلث التركه أى سواء خضع البيع لحكم الماده ٤٧٧ مدنى أو لحكم الماده ٩١٦ مدنى ذلك أن الفقرة الثالثة من الماده الأولى نصت صراحة على سريان بيع المريض مرض الموت فى حكم الماده ٩١٦ مدنى ثم جاءت الماده ٤٧٨ مدنى " لايسرى حكم المادة السابقة ضد الغير حسن النية "٠

انتهى بحمد الله وتوفيقه

مراجـــع البحـــث

د. أحمـد نجيب الهلالى ،د. حامد ذكى شرح القانون المدنى فى عقود البيـــع والحواله والمقايضة ١٩٤٠.

د. اسماعيل غانم الوجيز فى عقد البيع ١٩٦٣، أحكام الالتـزام ١٩٧٣

د. أنور سلطان ،د.جلال العدوى العقود المسماه عقد البيع ١٩٦٦.

د. توفيق حسن فرج عقد البيع والمقايضـة ١٩٧٠.

د. جميل الشرقاوى شرح العقود المدنية ١٩٦٦.

د. خميس خضـر العقود المدنيه الكبيرة ١٩٨٩.

د. سليمان مرقص الوافى فى شرح العقود المسـمـاه جزء أول ١٩٩٠.

د. سعيد عبدالسلام المشاكل العملية فى قانونى المواريـق والوصيـه عام ١٩٩٠.

د. محمد كامل مرسى شرح القانون المدنى الجديد ، العقود المسـماه ١٩٥٣.

د. عبدالرازق السـنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنـــى جـ٤ عام ١٩٨٦.

د. عبدالفتاح عبدالباقى محاضرات فى التعقود ،الجزء الثانـى عقد البيع ١٩٥٦.

د. عبدالمنعم البدراوى الوجيز فى عقد البيع ١٩٩٠.

د. عبدالودود يحيـى دروس فى العقود المسـماه ١٩٧٦-١٩٧٧

د٠ محمد لبيب شنب ،د٠ مجـــدى خليـــل	شــرح أحكـام عقد البيــع ١٩٦٨٠
د٠ محمد على عمــران	عقد البيع فى القانون المدنـــــى المصــرى ١٩٧٢٠
د٠ منصـــور مصطفى	العقود المســماه ١٩٥٦٠
د٠ مصطفى عــدوى	شــرح أحكـام عقد البيــع عام ١٩٩٠

